

SATISFACCION,

QVE SE DA POR PARTE DE DOñA ANA Tello de Guzman y Medina, viuda de Don Lorenzo Davila y Medina, Conde, que fue, de Valher moſo, Tutora, y Curadora de Don Joſeph Davila, Conde actual, y Poſſeedor del Vinculo, que del tercio, y quinto de ſus bienes fundaron el Veintiquatro Luis de Medina Orozco, y Doña Iſabel de Sandier, ſu muger:

A EL INFORME,

QVE SE HA ESCRITO POR PARTE DE SOROR Maria de San Jacinto, Religioſa Profeſſa en el Convento de Santa Maria de Gracia de eſta Ciudad,

SOBRE

LA SVCCESSION DEL REFERIDO VINCVLO.

1. AVIENDO LEIDO CON reflexion el Informe, que se ha escrito à favor de Soror Maria de San Jacinto, observè, que en el exordio se intenta persuadir la preferencia de los Informes por escrito, respecto de los verbales, para cuyo fin se cita à Don Melchor de Cabrera, en el tratado, que intitulò el Abogado Perfecto, *disc.* 2. *num.* 63. en que afirma: *Que en los Informes por escrito se escusa el estruendo de la voz, y el tropel de la verbosidad, se ajusta mas bien el Hecho, y caso, y averigua el punto de Derecho*; y la causal, que se dà es, que *nihil rectè geritur, si cum clamore vincitur*, lo que se quiere probar con el *cap. Osius. de elect.* y la *Ley* 1.§. *final. de stud. liberalib.* y con no poca confianza se assegura, que *aunque el Abogado del Conde no dexa de conocer lo claro de la pretencion, deducida en todas sus circunstancias, le pareciò conveniente, segun la doctrina de Acursio in verbo: Requirens. leg.* 3. *Cod. de summ. Trinitat. in singulis dubitare non esse inutile.*

2. Ignoro el motivo, que puede aver, para afirmar, que el Abogado del Conde hà formado concepto, de que Soror Maria de S. Jacinto tenga Derecho à la succesion del Vinculo, pues lo contrario ha explicado, y fundado repetidas vezes en Estrados, sin que se le pueda censurar, que aya excitado los dubios, à cuya satisfaccion se dirige el Informe de dicha Religiosa; pues si atendemos à la ley, que se cita, que no es la 3. sino la 4. *Cod. de summ. Trinit.* prohibe, que en publico se dispute de los Mysterios de Fè, y la Glossa *verbo Requirens* limita esta prohibicion, *nisi fiat causa addiscendi in scholis*, de que dà la razon, *nam de singulis dubitare, non est inutile, secundùm Aristotelem*; y si en materia tan delicada es permitido el disputar, y excitar dubios, para aclarar mas la verdad, con mayor razon serà licito, en quanto à los puntos, que contiene el Informe de la Religiosa, dividido en dos Articulos, que no son de Fè, y cuya respuesta es tan clara, y à favor del Conde, como se reconocerà del progresso de este Informe.

3. En quanto à la preferencia del Informe por escrito, no es tan cierta la proposicion, que falte, quien

con-

conceda mas eficacia à la voz viva, pues, como dixo Seneca *epist.* 33. *Multum viva vox facit*; y Plinio *lib.* 2. *epist.* 3. *Prætereà multo magis (vt vulgò dicitur) viva vox afficit.* pero prescindiẽdo de esta competencia, lo que no puedo dexar consentido, es, el que se censure la verbosidad, quando esta es tan apreciable, y que se quiera apoyar con la autoridad de Don Melchor de Gabrera, siendo assi, que no la reprehende absolutamente, sino la que fuere afectada, y desnuda de conceptos, como lo afirma en el citado *disc.* 2. *num.* 69. ibi: *Porque la verbosidad afectada, y superflua, que vsan algunos socolor de lucimiento, es en el Abogado nota muy condenable, y fea.* Y por esta regla no menos serà reprehensible el Informe por escrito, en que se hallàre el mismo defecto de conceptos, y contenga vnicamente el ornato exterior de las vozes.

4. Ni persuaden el intento, de que *nihil rectè geritur, si cum clamore vincitur*, el *cap. Osius. de elect.* y la *ley* 1. §. *final. Cod. de stud. liberalib.* pues en el referido capitulo solo se prohibe la eleccion del Obispo, ad clamorem Populi facta, y es la conclusion, que deduce el señor Gonzales; pero no consiste la prohibicion en el clamor, sino en la presumpcion, de que este se solicitò por medio de algun interès, como se reconoce del mismo texto, ibi: *Cùm manifestum sit, potuisse plures eorum, qui sinceram fidem non habent, præmio, & mercede corrumpi, vt clamarent in Ecclesia, & ipsum petere viderentur.* y la citada ley no prohibe la verbosidad, y eficacia en el arguir, ò proponer alguna especie, sino la vnion, è immediacion de los que professan diferentes facultades, para obviar el inconveniente, de que con la diversidad de especies se diviertan de aquellas, que son proprias de su facultad, vt patet ex ipso §. *final.* ibi: *Ita vt vnicuique loca specialiter deputata assignari faciat tua sublimitas, nè discipuli sibi invicem possint obstrepere, vel Magistri, nè ve linguarum confussio permixta, vel vocum aures quorundam, aut mentes à studio literarum avertat.*

5. Respecto de lo qual no ha excedido el Abogado del Conde en la defensa, que se le ha encargado; y para satisfacer aora el Informe de dicha Religiosa, no nos detendrèmos en la relacion del Hecho, por averse hecho Memorial ajustado por el Relator, y no incurrir en la censu-

ra

ra del texto *in leg. Ampliorem. §. In refutatoriis. Cod. de appellat.* ibi: *Et ea, quæ iam perorata sunt, iterum resuscitare.*

6. Se omitiràn tambien los principios, y reglas generales, que con estension se tocan en el primer Articulo, scilicet, que en los Mayorazgos se atiende â la linea, grado, sexo, y edad; que no se debe hazer transito à otra linea, hasta que penitùs se extinga aquella, en que se halla la possession del Vinculo, y que son tantos los llamamientos, como las personas llamadas; pero se niega la contraccion pues aunque no se duda, que la Religiosa es hija de Don Luis Joseph de Medina, no obstante no fue llamada, asi por no aver subsistido el llamamiento de su Padre, por aver contravenido à la condicion, de que vinculasse sus legitimas, como por tener la fundacion exclusion tacita de Religiosos: y no se estrañarà, el que se llamen principios generales, y como tales se omitan los que contiene el primer Articulo, pues aviendole concluido, y dado principio â el segundo, se dize en el Informe de la Religiosa num. 48. *Por no dudar la Condesa de el buen Derecho, que â la Religiosa assiste, ni tener que oponer directamente à los fundamentos, que llevamos expuestos, y à otros, que consultò omisimus, por ser todas reglas, y principios generales, que solo sirviera su expression de mayor dilacion, y tedio, ageno de nuestro instituto, &c.*

7. Y no aviendo la menor duda, que desde el principio se ha alegado por el Conde la exclusion de la Religiosa, y que ni Don Luis Joseph de Medina su Padre, ni sus descendientes, adquirieron Derecho à el Vinculo, mediante aver contravenido à la vinculacion de legitimas; y siendo assimismo innegable, que posseyò este Vinculo quieta, y pacificamente Don Lorenzo Davila y Medina, por cuya muerte lo posseyò Don Juan Davila, su hijo primogenito, y aviendo este faltado, lo ha posseìdo, y possee actualmente Don Joseph Davila: es digno de admiracion, que se diga à el num. 34. *Que no se niega por la Condesa, que la Religiosa es expressamente llamada, como descendiente de Don Luis Joseph de Medina,* y à el 37. *Que se halla este Vinculo en la linea de Don Luis.*

8. Para persuadir la exclusion de dicha Religiosa, y fundar, q̃ el Conde de Val-hermoso es el legitimo Posseedor

dor de este Vinculo, se dividirà este Informe en quatro Articulos, en que se tocaràn las questiones, que son precipuas, y que vnicamente se deben ventilar en este litigio; la primera, que es valida la condicion, que contiene la fundacion, de que Don Luis Joseph de Medina vinculasse sus legitimas, no llamandole en caso, que contravinieste, y que con efecto, por aver contravenido, no adquiriò Derecho à la succession de el Vinculo: La segunda, que esta contravencion no ha sido meramente personal, sino lineal, de calidad, que ni los descendientes de el dicho Don Luis han tenido Derecho à este Vinculo: La tercera, que aunque la Religiosa estuviera comprehendida en el llamamiento, y como descendiente de el dicho Don Luis, tuviesse Derecho à el Vinculo, lo perdiò por la renuncia, que hizo à el tiempo de su Profession; Y la quarta, que por el estado de Religiosa està excluida de la succession de el Vinculo.

ARTICVLO PRIMERO.

FVNDASE AVER SIDO VALIDO EL GRAVAmen, de que Don Luis Joseph de Medina avia de Vincular sus legitimas, y que por aver contravenido, no tuvo efecto el llamamiento, ni adquiriò Derecho à el Vinculo.

9. LA PRIMERA PARTE DE ESTA CONclusion parece que se opone à la disposicion de Derecho, por ser tan libre la legitima de los hijos, que no se le puede imponer gravamen alguno, vt patet *ex Leg. Quoniam in prioribus. Cod. de inofficios. testament. leg.* 11. *tit.* 4. *part.* 6. D. Molina *de Primog. lib.* 2. *cap.* 1. *à num.* 29. *Et cum aliis quàm plurimis* D. Castillo *controv. lib.* 5. *cap.* 64. *cap.* 79. *y* 107. pero no obstante en el caso presente, atendida la clausula de la fundacion, estaba obligado el dicho Don Luis para aver de posseer el Vinculo, à consentir en la vinculacion de sus legitimas, de calidad, que por el mero hecho de oponerse, no podia tener efecto el llamamiento, pues este se hizo con la condicion, no solo de que vinculasse las legitimas, sino de que en caso que

que en algun tiempo reclamasse, y quisiesse separar su legitima, no avia de subsistir el llamamiento, y en este caso de contravencion llamaron los Fundadores à el siguiente en grado, y quando independiente de el gravamen se impone esta pena, està obligado à consentirlo el hijo, si quiere succeder en el Vinculo, que es la limitacion de la regla general, que toca el señor Castillo *prædict. cap.* 64. *num* 58. y en el 107. *num.* 62.

10. Se apoya este mismo intento con la confession, que se haze en el Informe de la Religiosa num. 50. en que expressamente dize: *No nos detenemos en confessar por legitimo el gravamen, y que pudo averlo consentido el Don Luis Joseph, pues es constante, que aunque por la L. Quoniam in prioribus. Cod. de inoffic. testament. sea la legitima tan libre, que no admita gravamen, tiene la limitacion, de que entonces es tolerable, quando à el hijo se le dexa mas que la legitima*; para cuyo fin cita â el señor Castillo en los *cap.* 64. y 107. y à el señor Molina *lib.* 2. *num.* 7. sin expressar de què capitulo, que no ay duda que es el primero, en que le hemos citado; pero no toca la limitacion, y esta, que es del señor Castillo, no se debe entender con la generalidad, que se afirma por la Religiosa, pues vnicamente tiene lugar, quando se impone la pena en caso de contravencion, y no absolutè, siempre que à el hijo se le dexe mas que su legitima; pero de què nos quexamos, si se concede mas de lo que se necessita para la prueba de nuestro intento? De calidad, que aunque en la fundacion no huviesse la pena en caso de contravencion, parece, que fuera legitimo el gravamen, segun la inteligencia, que se dà à las doctrinas citadas, por contener el Vinculo, independiente de las legitimas, el tercio, y quinto, à cuya succession no estaban por ningun titulo los Fundadores obligados à llamar en primer lugar à el Dicho Don Luis.

11. Despues que el Abogado de la Religiosa confessò à el num. 50. aver sido legitimo el gravamen, procura, no obstante, fundar, que por la contravencion no perdiò el Derecho Don Luis Joseph de Medina, para cuyo assumpto, suponiendo num. 52. la revocacion, que en el año de 1657. hizo Doña Isabel de Sandier de la vinculacion, por lo que toca à sus bienes, y que en las particiones

nes en el año de 660. se considerò libre la porcion, que à la susodicha tocaba por su dote, y demàs derechos, de que gozò por los dias de su vida, y por su muerte mejorò à el dicho su hijo en el tercio, y quinto, sin gravamen alguno, por cuyo motivo, assi el Dicho Don Luis, como Doña Maria Rodrigues de Medina, y las Religiosas, posseyeron como libres las alcavalas de la Villa de Salteras; afirma num. 53. *Que no tuvo Don Luis gravamen alguno por lo tocante à la legitima Materna, porque este era respecto de la mejora, que por via de Vinculo le avia hecho su Madre, y como este ya no subsistia, mediante la revocacion de la susodicha, no tuvo legitima Materna, que aplicar, y pudiera ser otro caso, si se estuviera en los terminos de solo la disposicion de dicho Veintiquatro Luis de Medina Orosco, y que este huviera puesto la condicion, de que D. Luis Joseph vinculasse ambas legitimas; pero no quando este gravamen fue respecto de las dos vinculaciones de su Padre, y Madre.*

12. Y no ofreciendosele la menor duda, en que fueron dos vinculaciones, como si fuera clara disposicion de Derecho, y vna regla, ò principio apud omnes innegable, dize con gran confianza num. 54. *Y que estas fuessen dos vinculaciones realmente distintas, aunque en vn mismo instrumento executadas, no necessita de prueba, porque se omite.*

13. Veamos aora la resolucion de los Autores en este particular: Verdad es, que quando el marido, y muger simul, & in eadem charta otorgan su testamento, fundan Vinculo, ò hazen alguna donacion, se reputan por dos disposiciones, y cada vno puede revocar por lo que toca à su parte, ò antes, ò despues de la muerte de el otro, en que convienen Tello Fernandez *in leg.* 17. *Taur. num.* 13. Espino *in Specul. testament. glos.* 18. *num.* 53. *&* 54. el P. Luis de Molina *de Iust. & Iur. tract.* 2. *disp.* 152. *Et communiter omnes, quos refert, & sequitur* D. Castillo *Controv. lib.* 2. *cap.* 18.

14. Pero quando el marido de consentimiento de la muger, vel vice versa, hazen la mejora, y otorgan el testamento de los bienes comunes de ambos, se confirma el testamento con la muerte de el que dispuso con consentimiento de el otro, y queda irrevocable, de calidad, que el que supervive no puede revocar la disposicion, ni aun en

en quanto à su caudal, y de ningun modo se consideran dos disposiciones, sino vna sola, *vt ita tenent in locis, vbi suprà citatis* Tello Fernandez *num.* 14. Espino *num.* 55. *& in leg.* 1. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop.* Azevedo *num.* 23. y Matienzo *glos.* 1. *num.* 3. Angulo *de Meliorat. leg.* 2. *glos.* 2. Mieres *de Maiorat.* 1. *part. quæst.* 23. *num.* 4. D. Molina *de Primog. lib.* 4. *cap.* 2. *num.* 84. *versic. Sed hoc limitari solet.* Zevallos *Comm. contra Comm. quæst.* 310. *num.* 6. y la razon de disparidad, es la que dà este Autor *num.* 9. ibi: *Et ratio differentiæ est, quia quando duo testantur in eadem charta, dicitur testamentum duorum; at verò si non testentur, sed solùm vnus consentiat dispositioni alterius, tunc celebratur quidam contractus ex reciproco duorum consensu, & sic nil mirum, si revocari non possit* ::: *quæ omnia sunt valdè notanda, quia Padilla nullum invenit modum, vt testamentum sit irrevocabile*: Pater Molina *in prædicta disp. num.* 5. vbi ait: *Quando vnus tantùm, verbi gratia, Maritus conderet testamentum, aut institueret maioratum, sed de communibus bonis, concedente ad id vxore facultatem, tunc mortuo marito, non posse vxorem revocare institutionem illam, quoad bona, de quibus facultatem concessit, vt ille eo pacto disponeret; ratio est, quoniam ea dispositio non est vtriusque, sed solius mariti, quæ proinde tota confirmatur morte mariti.*

15. De el mismo dictamen es el señor Castillo *predicto cap. num.* 38. ibi: *Ac denique nisi maritus ipse solus testetur ex consensu vxoris, constituatque maioratum, aut meliorationem de bonis, tam ipsius, quàm vxoris, tunc enim mortuo marito, eius morte confirmatur hæc vltima voluntas, tam quoad bona viri, quàm quoad bona vxoris.*

16. Atendiendo à el verdadero Hecho, que resulta de los Autos, se verifica esta segunda especie, y que el Veinteiquatro Luis de Medina Orozco fundò el Vinculo con consentimiento de la dicha Doña Isabel, respecto de que en 25. de Agosto de 655. otorgò poder el dicho Luis de Medina para testar à la dicha Doña Isabel, con quien dixo tenia comunicada su disposicion, remitiendose à dos memorias, que tenia hechas, para que por ellas se governasse, expressandose en el poder, que su voluntad, y la de dicha Doña Isabel, avia sido, y era fundar vn Mayorazgo de todos los bienes de ambos, y que con efecto se fundasse en favor de las personas, y en la conformidad

que se contenia en vna de dichas memorias, las que el dia siguiente 26. de dicho mes declarò en otro instrumento averle entregado à la dicha Doña Isabel, la qual aceptò el poder con licencia de su marido, y se obligò à cumplir todo lo que en èl se disponia, y à fundar el Vinculo, assi de sus bienes, como de los de el dicho su marido, y se obligò à no alterarlo, contradezirlo, ni revocarlo en manera alguna, con obligacion general de todos sus bienes.

17. Baxo de esta disposicion murió el dicho Luis de Medina en el dia 30. de el mismo mes de Agosto, por cuyo motivo se confirmò esta disposicion, y quedò irrevocable, en la qual, no solo ay el consentimiento anterior de la dicha Doña Isabel, que era lo suficiente, sino que despues de aver muerto su marido, consintiò de nuevo, otorgando el testamento en 27. de Diziembre de dicho año de 655. arreglandose en el todo à el poder; con que, aunque es cierto, que despues en el año de 57. la dicha Doña Isabel revocò la disposicion, por lo que tocaba à su caudal, fue nula esta revocacion, en lo que no puede aver la menor duda, assi por ser clara la disposicion de Derecho, como por averse seguido Autos en el año de 710. en que Don Lorenzo Davila y Medina, Conde, que fue, de Val-hermoso, y Posseedor de este Vinculo, pretendiò, que se declarassen por vinculadas las Alcavalas de la Villa de Salteras, sin embargo de la revocacion, que avia hecho la dicha Doña Isabel, por aver sido nula, y huvo Executoria de la Sala, en que se declararon por vinculadas, y pertenecer à el Vinculo dichas Alcavalas.

18. Siendo esto cierto; con què fundamento se afirma, *que no subsistiò el Vinculo de la legitima Materna, mediante la revocacion, y que fueron dos vinculaciones realmente distintas*, que es directamente oponerse à la Executoria de la Sala? Y si quando el marido dispone con consentimiento de la muger, es vna disposicion, y no dos, y se confirma, y queda irrevocable con la muerte de el marido, en que estriva la seguridad, *de que no se necessita de prueba, porque se omite*? Pero parece, que hizo bien en omitirla, porque atendiendo solo à el testamento, que otorgò la dicha Doña Isabel, y omitiendo tambien, como omitiò, el consentimiéto de esta, anterior à la muerte de su marido, como se acre-

acredita de la relacion, que haze de el Hecho, en que no expressa tal circunstancia; formò dictamen de que la especie de este Hecho era, aver dispuesto marido, y muger simul in eodem testamento, y no que el marido hizo la mejora, y fundò el Vinculo ex consensu vxoris.

19. Aunque omitiò la prueba, de que fuessen dos vinculaciones, parece, què nos la ofrece en terminos mas estrechos, pues continùa diciendo en el referido num. 54. *Y quando se debiera dar, se hiziera en mas estrechos terminos, que son los de hijo respecto de Padre, que funda Vinculo de tercio, y quinto con gravamen de legitimas, en que el consentimiento de este hijo, lo haze tan Fundador, como su Padre.*

20. Que el hijo sea tan Fundador como su Padre, por el consentimiento de el gravamen de sus legitimas, no ay duda en que es punto muy separado, de si son dos las vinculaciones; con que, aunque los textos, y Autores, que cita, para hazer Fundador à el hijo, lo persuadiessen, no se eximìa de el cargo de aver dexado sin prueba la distincion de vinculaciones; fuera de que las citas, de que se vale no solo no prueban su intento, sino que estàn contra producentem, pues la especie de la *Lei Pater. 22. ff. de Manumis. vindict.* se reduce, à q̃ vn Padre, que tenia vn hijo en Roma, le escribiò, y diò orden, para que manumitiesse à el esclavo, que quisiesse de los que le estaban sirviendo; el hijo manumitiò à Sticho; y se duda, si le diò la libertad el hijo, ò el Padre; resuelve el Jurisconsulto Paulo, que el hijo solo tuvo la eleccion, y quien manumitiò fue el Padre, ibi: *Solam enim electionem filio concessit, cæterùm ipse manumittit.* Estas mismas palabras cita la contraria en su informe num. 55. però dà à entender, que la libertad la concediò el hijo, sin que huviesse de parte de el Padre mas, que vn mero consentimiento; ibi: *En la libertad dada por el hijo de consentimiento de su Padre.* Proposicion muy contraria à la especie de el texto, pues los esclavos eran de el Padre, como lo explica la glossa verb. *Pater.* ibi: *Quòd possit manumittere, quem vult de illis servis meis, qui secum sunt;* sin que el hijo tuviesse mas, que executar la orden del Padre, y vsar vnicamente de là eleccion, que se le permitiò.

21. La *Ley: Si consentiente. 16.* y la *22. ff. de Manumission,*

ſion, no prueban otra coſa, ſino que ſi el hijo manumitiere à vn eſclavo de conſentimiento de ſu Padre, quien manumite es el Padre, y no el hijo; pero no es la razon formal el mero conſentimiento, ſino porque tiene el Padre el dominio de el eſclavo, y el hijo procede en eſte caſo, como vn mero mandatario, y la miſma razon milita en la eſpecie de la *Ley In Ædibus. 9. §. Quod filius. ff. de Donat.* en q̃ el hijo de familias dona iuſſu Patris, ſin tener el hijo dominio alguno en la alhaja donada; y eſte concepto lo prueba tambien la *Ley: Servus communis.* 38. §. 1. *ff. de Donat. inter.* que ſe cita de contrario, pues la eſpecie es, aver donado vno à ſu muger cierta coſa, en que tenian parte otros dos hermanos ſuyos, los que eſtaban preſentes, y no contradixeron, y como la donacion no pudo ſer valida en la parte, que tocaba à el marido, ſe reſuelve, que ſolo tuvo efecto en quanto à las dos partes de los otros hermanos.

22. Los Addentes à el ſeñor Molina *lib. 2. cap. 2. n.* 7. y 8. y el ſeñor Valenzuela Velazques *conſ.* 63. *ex num.* 65. que ſe cita num. 56. de el Informe, lo que fundan, es, que el acto, que executa el mandatario, tiene ſu fuerza, y vigor de el mandante; lo que de ningun modo es aplicable à el caſo preſente; pues de ninguna ſuerte ſe puede dezir, que el Venitiquatro Luis de Medina fundò el Vinculo en virtud de facultad, que le concediò Don Luis Joſeph de Medina ſu hijo.

23. Tampoco conduce la deciſion 218 en que n. 4. dixo Gama: *Et ſic dicebat hunc Smeragdum iuniorem, & Fratrem eius, ratione conſenſus Fundatores eſſe maioratus, qui enim conſentit, videtur conſtituere*; reſpecto de que no conſidera â el hijo conFundador, para regular la ſuccesſion, y los llamamientos, ſino para que eſtè obligado â ſatisfacer las deudas anteriores à la vinculacion, como lo explica paulopoſt eodem numero ibi: *Et ſic pro debito Smeragdi iunioris non obſtante prædicto Vinculo, in patrimonio vinculato poterat executio huius debiti fieri, nam bona maioratus alienari poſſunt pro debitis conſtituentis.*

24. Y ni aun en eſte ſentido lo conſidera Fundador à el hijo Flores de Mena Addicionador de Gama, pues haziendoſe cargo de la deciſion, dize en el referido num.

verſic.

versic. *Quartus casus est: mihi autem contrarium videtur, quia Pater fundavit de suis rebus, & vt suum, & non filii, vnde vt suum iudicari debet, in tantum, quod si filius ei consensit, ab eo revocari non potest, quemadmodum quando quis testatur, aut contrahit de re aliena, domino consentiente, iudicatur sua dispositio, & non domini rei, nec ab eo revocari potest, vt in marito testante de re vxoris.*

25. Para comprobacion de el mismo assumpto se citan tambien à los num. 169. y 170. à el Sr. Molina *de Primog. lib. 4. cap. 3. num.* 23. y 24. Roxas *de Incompat.* 1. *part. cap.* 6. *num.* 241. y 242. y à el Sr. Salgado *in Labyrinth.* 2. *part. cap.* 16. *num.* 90. y 91. Y no sabemos con què fundamento se aplica la doctrina de el señor Molina en los num. 23. y 24. pues aviendo fundado este Autor desde el num. 20. la justa razon, que tienen los Principes, para no revocar sus privilegios, llega à el num. 23. y dize, que lo que se acostumbra dezir, que el Principe puede revocar los privilegios, que concede, se debe entender, quando solo èl fue la causa de adquirir el privilegio, pero no quando se adquiere alguna cosa de otro por facultad de el Principe, y assi no podrà en este caso revocarlo, y dà la razon, diciendo, que no se entiende hazer donacion el que concede la facultad, sino el que vsando de ella dispone de cosa suya: y en el num. 24. explica la doctrina comun, de que quando alguno consiente à vna donacion, se entiende hazerla, pues esto milita solo en el caso, de que el q̃ consiente en la donacion sea de cosa propria, y no agena, cuya doctrina apoya el concepto, que llevamos insinuado num. 21. de este Informe.

26. No habla el señor Molina en estos lugares de hijo, que sea confundador con su Padre, ni de otros confundadores, por lo qual parecia la mas genuina respuesta, la que nos enseña el mismo señor Molina hoc eodem loco num. 21. ibi: *Secundò, quia quàmvis prædicta communis opinio vera esset, non tamen ad casum, de quo agimus adaptari posset:* Pero atendido con reflexion el señor Molina en los num. citados de contrario, lo hallamos contra producentem, oigamos sus palabras prædicto *num.* 23. ibi: *Non enim Princeps facultatem concedens, sed is, qui vtens illa, de re sua disponit, donare videtur:* Y contrayendo esta doctrina à el

caso presente, se infiere legitimamente, no fue confundador Don Luis Joseph, aunque gravò su legitima Paterna, pues por el consentimiento de el gravamen, no hizo otra cosa, que obedecer à el precepto de el Veintiquatro Luis de Medina Orozco su Padre, y concederle à este facultad, para que estendiesse la vinculacion de el tercio, y quinto à su legitima, lo que aliter no pudiera; con que no se debe entender esta disposicion de Don Luis Joseph, quien concediò facultad,no para que se fundasse vn Vinculo en su legitima, sino para que se estendiesse,y aumentasse el Mayorazgo fundado por Luis de Medina su padre.

27. Ni es del caso el señor Salgado *in Labyrinth. part. 2. cap. 16. num. 90. y 91.* porque aviendo tocado la question. De si los Acreedores de el hijo, que consintiò à el gravamen de la legitima, impuesto por su Padre, tengan Derecho à los bienes de el Vinculo, decide la referida question, distinguiendo, si el consentimiento de el hijo fue ante aditionem hæreditatis, vel post eam; pues en el primer caso no tendràn los Acreedores Derecho alguno, y à el contrario en el segundo, por ser yà patrimonio del hijo: respecto de lo qual, esta consideracion del señor Salgado procede vnicamente para averiguar el caudal de el hijo por las deudas contrahidas à sus Acreedores, que es el mismo assumpto de Gama, que explicamos suprà num. 23. pero no es la mente de el señor Salgado hazer à el hijo confundador para el efecto de llamamientos, y succesiones,que es para el fin, q̃ se cita de contrario, y sobre este particular debiera hablar, para que se comprobàra el concepto con la cita; lo que es tan à el contrario, que ni este Autor, ni todos los demàs, que se han citado proffieren palabra alguna, sobre que el hijo,que consiente à el gravamen de su legitima, sea confundador para el efecto, de que sus hermanos sean transversales, respecto del Fundador, como se quiere hazer por la Religiosa en el Informe num. 171. à Doña Luisa Bernarda.

28. Menos puede servir de obice el lugar de Roxas *de Incomp. part. 1. cap. 6. num. 241.* pues es constante, no habla en terminos de que el hijo consienta en el gravamen de su legitima, sino solo en Mayorazgo fundado de el tercio, *prædicto num. 241.* ibi: *Et cùm videatur, quòd sit*

Insti-

Institutor non solùm Pater meliorans, sed etiam filius melioratus; y estas palabras son inaplicables à la legitima, pues esta ha de ser omnino libre, y en ella no puede aver mejora, y assi habla Roxas de el tercio; pero como este, aunque no sea legitima precisa respecto de vn hijo, lo es respecto de todos, pues à vno solo, ò à todos juntos lo ha de conferir precisamente el Padre, y en este sentido se llama legitima; prosigue este Autor en el lugar citado: *Ex cuius legitima instituitur Maioratus, dicendum est, quòd in primis succedant consanguinei filii, vel alterius, descendentes ex Patre.*

29. De esta solucion, aunque literal, se puede formar con alguna eficacia la replica siguiente: Omitamos el que Roxas no hable en terminos de hijo, que consiente en el gravamen de su legitima, y assi que no venga puntual la cita para el fin, à que se trae; pero no se puede negar, que segun la opinion del referido Autor en el Mayorazgo fundado de el tercio, es el hijo confundador, pues ademàs de las palabras suprà citadas ait *num.* 242. *Primum est, quia filius melioratus debet reputari tamquam institutor Maioratus*; y dà la razon: *quod deducitur, si attentè perscruteris rationem, quæ motifuerunt legislatores in dict. leg.* 27. *Taur. ad hoc vt permitteretur Parentibus gravare Tertium bonorum, cùm sit legitima filiorum respectu ascendentium, transversalium, & extraneorum*: D. Molina *lib.* 2. *cap.* 11. *num.* 3. *vbi etiam Additionatores à num.* 11. *vsque ad* 17. respecto de lo qual procede el argumento aun en mas estrechos terminos, pues si en el tercio, que no es legitima precisa de el hijo (teniendo el Padre otros descendientes) fundandose el Mayorazgo en èl, se dize el hijo confundador; con mayor razon, lo deberà ser, quando consiente el gravamen de vinculacion en su legitima, en la que no tiene el Padre la libertad de disponer, que tiene en el tercio.

30. Antes de passar à la immediata respuesta de esta objeccion, se nos ha de permitir, que opongamos contra Roxas loco citato à el mismo hac ipsamet part. & cap. n. 127. para cuya inteligencia debemos suponer, que la razon, en que se funda, para llamar à el hijo confundador en el Mayorazgo de el tercio, no es otra, sino porque es legitima de los hijos, y en esta razon, dize, que se funda la *Ley* 27. de Toro, para permitir à los Padres gravar el

ter-

tercio, con tanto, que observen el orden en ella señalado, siendo la rigorosa observancia de sus llamamientos motivada, de que la Ley se funda para hazerlos, en que el tercio es legitima de los hijos, y assi coarta la voluntad de los Padres, para que segun el orden, que en ella se previene, hagan sus llamamientos, y no de otra manera; como se evidencia de sus palabras citadas en el §. antecedente y num. 243. y 244.

31. Cotejemos esta doctrina con la que supone por cierta *dicto num.* 127. en donde afirma, que para que los hijos naturales sean excluidos, ò preferidos à ellos los ascendientes, es preciso que el Fundador obtenga facultad Real, porque de otra suerte, y atendido el orden de la Ley 27. de Toro, no pudiera hazerlo, y esto es atendida la razon, en que se funda la Ley, que es la que dà el señor Larrea *tom.* 1. *disp.* 32. *à num.* 48. scilicet, porque se conserva mejor la memoria del Fundador, y lustre de su familia, observandose el orden de la Ley, y esta es muy distinta de la que señala el señor Molina, y Roxas *dicto num.* 242. que es la de que el tercio es legitima, y la que impugna el señor Larrea, cuya doctrina sigue Roxas *dict. num.* 127. ibi: *Quod verissimum iudico ex ratione decidendi dict. leg.* 27. *Taur. enucleata doctissime à D. Ioan. Bapt. de Larrea tom.* 1. *disp.* 32. *à num.* 48. *vsque ad num.* 58. *Ad cuius decisionem te remitto, quoties casus occurret in nostro Hispaniarum Regno, vbi observari debet L.* 27. *Taur. & nè ab eius sententia discedas in iudicando, & consulendo; nam cùm diligentissimè inculcarem rationes, & fundamenta, quibus nititur, & in medium proferrem in Regio Palatio inter amicos Iurisperitos, & insignes Advocatos ab omni impugnantia libera evasit, & nullus aliam rationem decidendi excogitavit: ideo omnes Regiæ Iurisprudentiæ Ioan. Bapt. de Larrea altissimè præmetitatæ acquieverunt, eum fortiter convincat D. Molinam, & rationes in contrarium adductas à D. Ioan. à Castillo lib.* 5. *cap.* 82. *num.* 49. *vers. Prætereà.* Pues si Roxas no assiente à que la razon de la Ley es, que el tercio sea legitima; como se vale de este medio para hazer confundador à el hijo?

32. El argumento, que se haze de contrario con este lugar de Roxas, tiene facil retorcion, porque hablando este Autor del Mayorazgo fundado del tercio (y no

de otra legitima) y haziendo en èl al hijo confundador, lo deberà ser tambien Doña Luisa Bernarda, en que como hija del Fundador milita la misma razon, de que el tercio sea legitima, y tenia la misma capacidad para obtener el tercio por via de Vinculo, que Don Luis Joseph su hermano; con que para el efecto de la succession, haziendose confundador à los dos, no ay razon alguna especial à favor de Don Luis Joseph, que no se halle tambien en Doña Luisa Bernarda.

33. Acercandonos mas à indagar la mente de este Autor, no admite duda, que quando haze al hijo confundador, ni habla con respecto à successiones, ni se debe entender la palabra *Institutor* con todo rigor, y propriedad, sino *latè sumptum, & in amplissima significatione*, lo que se manifiesta, de que el consentimiento, que dà el hijo en el Mayorazgo del tercio, no es immediatamente suyo, sino de la Ley en su nombre Roxas ibi: *num.* 244. *Hic autem consensus, qui de iure requiritur ad validitatem Maioratus instituti de tertio bonorum, quæ est legitima filiorum, præstatur à leg. 27. Taur. nomine filiorum sub illa conditione, con tanto que, &c.* y assi este consentimiento ficto no puede hazer al hijo confundador propriè, lo que se corrobora de las palabras del mismo Roxas *dict. num.* 242. ibi: *Quia filius melioratus debet reputari tamquam Institutor Maioratus*: porque ademàs, de que el *debet reputari* denota impropriedad, la induce tambien la diccion *tamquam, quia regulariter, & de sui natura denotat improprietatem, & fictionem, vt ex leg. Si pecunia. ff. Si cert. pet. & aliis probat* Barbosa *dict.* 403. afianzandose mas este discurso, en que la mejora de tercio, propriamente considerada, es toda disposicion de el Padre, y de sus bienes, y no de los de el hijo, sobre lo qual es puntual la doctrina de Matienzo *in lib.* 5. *tit.* 6. *leg.* 11. *Recop. glos.* 4. *num.* 4. *vers. At.* ibi: *At in melioratione tertii non sic, est enim dispositio Patris, non filii iuxta text. in leg. Vnum ex familia. §. Sed si fundum. ff. de legat. 2. Nec disponitur de sustantia filii, sed Patris. Quandoquidem quoad filios dici non possit verè legitima, cùm eorum alterum, quem malit Pater possit meliorare, vt in L. 1. & 2. suprà eo.*

34. Y para prueba de que no es tolerable la generalidad, con que afirma n. 55. y 56. de que el que presta el

consentimiento sea el verdadero Agente, y que *quilibet actus consentienti tribuitur*; y que esto se debe entender en vnos, y no en todos casos; nos contentamos con fundar lo immediatamente contrario, y no de otra suerte, sino por regla de Derecho, probat *text. in Leg. Aliud.* 120. *ff. de Reg. Iur.* ibi: *Aliud est vendere, aliud vendenti consentire.* Gonzales *in reg.* 8. *Cancel. glos.* 47. *num.* 18. ibi: *Quia propriè, & strictè loquendo, aliud est conferre, & aliud conferenti consentire.* Gutierrez *in cap. Quàmvis pactum. de pact. lib.* 6. *num.* 47. *Versic. Sed re maturiùs.* ibi: *Aliud est enim vendere, aliud vendenti consentire, vt in regula iuris, vbi Decius num.* 2. *Quod aliud est contrahere, aliud est contrahenti consentire: aliud ergo est testari, aliud testanti consentire, & aliud est meliorare, aliud melioranti consentire:* Y prosigue este Autor contrayendo la distincion referida à la muger, que consiente à el testamento, ò mejora de su marido, que ni haze testamento, ni mejora, sino consiente, y queda por su parte irrevocable, de cuyo caso diximos suprà à num. 13.

35. Mas omitamos el que Roxas, *vbi suprà*, y todos los demàs Autores digan, y se deban entender, quando afirman, que el hijo, que grava su legitima, es confundador en rigoroso sentido, y estrechissima significacion, de tal suerte, que sea en quanto à su legitima Vinculo separado de el de su Padre, y veamos, si no obstante lo referido, inducirà alguna novedad en el modo de las succesiones, distinto de el determinado por el Padre, que es para el efecto, que se traen estas doctrinas, y especialmente en el Informe de la Religiosa num. 171. adonde se quiere hazer transversal à Doña Luisa Bernarda.

36. No necessitamos de buscar nuevos Autores, porque sin salir de el mismo Roxas, tenemos lo bastante para patrocinar este discurso (y las soluciones, que en su conformidad hemos dado en los num. 23. y 27. respondiendo à los lugares de Gama, y del señor Salgado) dize, pues el referido Autor *par.* 1. *cap.* 7. *num.* 27. (que es donde toca el punto en terminos de gravamen de legitima, y no de Vinculo de solo el tercio) que quando alguno tiene obligacion de agregar â vn Mayorazgo su legitima, ù otros bienes, no puede poner nuevas leyes, ò condiciones, y dado caso que las ponga, se deben desestimar, por-

que

que si estàs fueran contrarias, se siguiera, que para tener efecto vna, y otra voluntad, se separàran los dos Vinculos, y no se consiguiera el fin de la vnion, y agregacion.

37. Lo contrario sucediera, si el que avia de agregar, ò vnir, no tuviera obligacion de hazerlo, pues si lo executàra, y pusiera nuevas condiciones, importaba poco, el que se separàran ambos Vinculos; y no estando segun los terminos del pleyto en este vltimo caso, porque Don Luis Joseph, para posseer el de el tercio fundado por su Padre, tenia la obligacion de agregar su legitima, es preciso inferir, que aviendo agregado la de su Padre, por esta vnion no se puede contemplar nuevo orden de suceder distinto del prescripto por la fundacion de Luis de Medina su Padre.

38. Mas expresso, y puntual à los terminos de este pleyto hallamos à Pegas *ad ord. Reg. Port. lib. 1. tit. 50. glos. 1. cap. 1. n. 9.* en donde hablando del caso, quando el Successor està obligado à agregar su legitima à el Mayorazgo, en que no puede poner diversas condiciones ait ita: *Et merito, quia cùm tunc bona annexata, aut aggregata sequantur naturam principalis Maioratus, cui annexantur, & non duo vincula, aut duplex Maioratus, sed vnus iudicari debeat principalis, & aggregatus.* Y parece que haziendose cargo de la consideracion, que se forma por la Religiosa en su Informe num. 58. contemplando el mayor cuerpo de el Vinculo la legitima Paterna de Don Luis Joseph, y el corto importe de el tercio, por cuyo motivo infiere no fuera justo privar à los descendientes de Don Luis Joseph, y preferir à los de Doña Luisa Benarda; satisface este reparo en el versic. *Quàmvis.* ibi: *Quàmvis bona aggregata, seu annexata sint maiora, quàm bona Maioratus principalis, quia in hoc non datur inconveniens.*

39. Comprobando este concepto con muchos textos, y especialmente con la *Ley: Si in emptione. 34. ff. de contrah. empt.* ibi: *Nec refert, quanti sit accessio, sive plus in eà sit, quàm in ipsa re, cui accedit, sive minus:* concluyendo Pegas en el num. 10. y resolviendo, que por la agregacion no se induce preferencia, ni novedad en el modo de succeder en el Mayorazgo principal, ibi: *Et ideò succedere debeat in dicto augmento, & annexatione ille, qui succedit in principali Maioratu absque vlla differentia.*

Avien-

40. Aviendo llegado al num. 57. de ſu Informe; repite el miſmo concepto, que dixo en el num. 53. con eſtas vozes: *De que ſe ſigue con evidencia, que no aviendo tenido ſubſiſtencia el Vinculo de la Madre, cuius reſpectu fue el gravamen de la vinculacion de la legitima Materna, quidquid ſit de la validacion de eſta revocacion; pues haſta que mucho deſpues ſe declarò por nula por executoria de V. S. ſe tuvo por valida, quedò ſin efecto dicha condicion, y gravamen reſpectivo, &c.* Lo que nos dà motivo â dos reparos: el primero, de que no tuvo ſubſiſtencia el Vinculo de la Madre, y que la nulidad de la revocacion ſe refiere ſolo al tiempo de la executoria de V. S. pues antes de ella, quedò ſin efecto la condicion, y gravamen; lo que es tan al contrario, que mediante dicha executoria, carece de fundamento el afirmar no ſubſiſtìa el Vinculo, no ſolo deſde el tiempo en que por ella ſe declarò por nula la revocacion, ſino deſde el en que ſe hizo eſta por ſer opinion comun, que las ſentencias, y executorias, no fomentan nuevos Derechos, ſino declaran los antecedentes; *text. in leg. Sicut. §. Etſi quidem. ff. Si ſervit. Vind.* ibi: *Quia per ſententiam non debet ſervitus conſtitui, ſed quæ eſt declarari.* Roxas *de Incompat. part. 5. cap. 2. num. 67. Et cum aliis, quos conſultò omittimus* D. Solorzano *de Iure Indiarum. tom. 2. lib. 2. cap. 11. n. 62.*

41. Y el ſegundo en las palabras, *quidquid ſit de la validacion de eſta revocacion*, pues es innegable, q̃ la vinculacion del caudal de Doña Iſabel de Sandier tiene tal connexion con la revocacion, q̃ no ſe puede preſcindir de eſta, para reconocer, ſi ſubſiſte, ò no el Vinculo, ita vt rectè valet: la revocacion es valida, ergo no ſubſiſte el Vinculo; la revocacion es nula, ergo ſubſiſte el Vinculo; por cuyo motivo eo ipſo que por executoria de V. S. ſe declarò por nula la revocacion, ſe aplicaron al Vinculo las Alcavalas, que antecedentemente ſe poſſeìan como libres: pues ſi eſto es evidente, què quiere dezir, *que no ſubſiſtiò el Vinculo de la Madre, quidquid ſit de la validacion de la revocacion?* Y donde eſtà la evidencia, de que no ſubſiſtiò el Vinculo contra vna executoria?

42. No es menor la implicacion, en que incurre al num. 59. donde dize: *Que aun en terminos de que D. Luis Joſeph no huvieſſe querido vincular ſu legitima Paterna, ſin embar-*

go

go debiera succeder, y sus hijos, y descendientes, para lo qual cita al Sr. Castillo *lib.* 5. *controv. cap.* 24. (64. quiso dezir) *n.* 79. siendo asi, que al num. 50. dexa dicho, *no nos detenemos en confessar por legitimo el gravamen, y que pudo averlo consentido el Don Luis Joseph, pues es constante, que aunque por la Ley: Quoniam in prioribus. Cod. de inoffic. testament. sea la legitima tan libre, que no admita gravamen tiene la limitacion, de que entonces es tolerable, quando al hijo se le dexa mas que la legitima. Para lo qual cita entre otros à el* señor Castillo *tom.* 5. *cap.* 64.

43. Si el gravamen es legitimo, es consequencia legitima, que Don Luis Joseph estuvo obligado à vincular sus legitimas para succeder en el Vinculo, y si no tenia obligacion de vincularlas, el gravamen no podia ser legitimo; respecto de lo qual estimarà oir, como se verifican estas proposiciones: *El gravamen fue legitimo, el gravamen no fue legitimo, Don Luis Joseph estaba obligado à vincular sus legitimas, Don Luis Joseph no estaba obligado a vincular sus legitimas*; que son contradictorias, y que absque contradictione no se pueden verificar, sino es que discurre alguna distincion virtual, para que in creatis se puedan verificar.

44. Pero procediendo à indagar el lugar del señor Castillo *dict. lib.* 5. *cap.* 64. es de tener presente, que en el pleyto, que se ventilò entre Don Adrian de Paz, y su hermana, sobre que huvo executoria de V.S. no avia en la fundacion de aquel Mayorazgo la clausula, que en el presente, de q no vinculando su legitima passe à el siguiente en grado, y asi no es mucho, que obtuviesse sentencia à su favor el dicho Don Adrian, pues si huviera avido semejante clausula, no obtuviera, y para que no parezca arvitraria la solucion, la comprobarà el mismo Sr. Castillo en el mismo lugar *à n.* 58. *versic. Itaque omnes.* ibi: *Itaque omnes istæ authoritates procedunt, quando filio hærede instituto, onus, ne alienet aliquid ex hæreditate, aut gravamen aliud in legitima apponitur, & in casu contraventionis alius vocatur ad eam partem. quam poterat Pater non relinquere, & voluntariè relinquit, sicque privationis pœna adiicitur ::: tamen si voluntatem non adimpleat, & contraveniat, incurrit pœnam, & sola legitima retenta residuum amittit, & sequenti vocato, aut substituto sit locus. Quod in casu præsenti factum diversimodè, nec pœ-*

nam privationis appositam vllo modo; nec etiam in casu contraventionis alium substitutum, aut vocatum fuisse apparet manifestè.

45. Addiciona el señor Castillo el referido *cap.* 64. en el 79. y refiriendo en el *versic. Rursus, & tertium* las palabras de la fundacion de el Mayorazgo de Don Adrian de Paz, dize immediatamente: *Ecce vbi legitima simpliciter gravatur eodem onere, & vinculo, quo tertium, & quintum, sed in casu contraventionis, quod scilicet non consentiat legitimam vinculari, nec pœna privationis imponitur, nec alius vocatur, atque ita casus iste ab Institutore dicti Vinculi omissus, remanet in dispositione Iuris communis. Ex quo gravamen sustinetur in omnibus bonis vltra legitimam; à legitima verò removetur: Ex quo etiam ad pœnam privationis in casu contraventionis, procedere, & alium vocare necessarium esse, latè comprobavi dict. cap. 64. ad solutionem tertii argumenti.*

46. Siendo la disparidad de vno, y otro caso, la que insinùa el mismo señor Castillo, *vbi suprà*, de que quando no añade el Fundador pena alguna en el caso de contravencion, ò no llama à el siguiente en grado, el gravamen impuesto *resolvitur in simplex consilium*, como à el contrario quando impone pena, ò haze llamamiento, que entonces el gravamen se debe entender, *vt nudum præceptum*. Repite esta misma doctrina *eodem lib.* 5. *cap.* 107. *num.* 62. *versic. An gravamine.*

47. Infertur ex dictis aver sido legitimo el gravamen impuesto por el Fundador, de que vinculasse sus legitimas Don Luis Joseph de Medina, y que este, por aver faltado à su observancia, assi por no oponerse à la revocacion de su Madre, en el año de 657. como por aver pedido juntamente con su Madre la particion de los bienes de el Veintiquatro Luis de Medina Orozco su Padre en el año de 660. en donde se adjudicaron como libres las Alcavalas à Doña Isabel de Sandier, y como libres las posseyò el dicho Don Luis, despues de la muerte de la susodicha, y à falta del dicho Don Luis, Doña Maria Rodriguez de Medina perdiò el Derecho à el Vinculo, ò por mejor dezir nunca lo tuvo, pues no solo lo priva el Fundador en caso de contravencion, sino que no lo llama.

ARTICVLO SEGVNDO.

POR LA CONTRAVENCION DE DON LVIS Joseph se hizo su exclusion lineal, de suerte que sus descendientes no han tenido Derecho à este Vinculo.

48. PARA PERSVADIR EL ASSERTO, QVE llevamos propuesto, no se necessita de manifestar nuevos medios, que lo comprueben; pues en los fundamentos expressados de contrario en su Informe, en donde tocò este punto desde el num. *62.* hasta el 84. hallamos lo suficiente para evidenciar, que la exclusion fue lineal. Se citò por texto capital en la materia *la L. Si viva Matre. C. de Bon. Mater.* en donde se previene, que exclusa à succesione vna persona, censentur exclusi ab ea descendentes, cuya disposicion se quiso limitar de contrario con la doctrina del señor Castillo *lib. 3. controv. cap.* 15. quien le dà quatro limitaciones tan ciertas como la misma regla.

49. Y debiendo suponer la certeza de dichas limitaciones, en lo que nos detenemos es, que no se contraxo alguna de ellas à el pleyto presente, para ver si venia ajustada su aplicacion, por lo qual haziendonos cargo de la segunda, y quarta, y omitiendo las otras, las hallamos muy favorables à el assumpto propuesto, pues en la segunda no admite duda, que entonces serà la exclusion lineal, quando milita la misma razon en los descendientes, que militaba en la persona exclusa; probat D. Castillo *dict. lib. 3. cap.* 15. *num.* 63. ibi: *Secundo deinde, & principaliter respondetur; quòd præfatæ doctrinæ, sive generales DD. observationes superius adductæ procedunt, quando in filiis eadem ratio exclusionis militat, quæ in Patre militabat, aut quæ circa personam Patris movit principaliter Testatorem; secùs tamen quando ratio cur Pater, vel Mater excluditur, non militat æqualiter in filiis.*

50. Conque siendo innegable, que fue voluntad expressa del Fundador Luis de Medina Orozco, que Don Luis Joseph de Medina su hijo posseyesse ambas legitimas vinculadas, y no libres, à lo que contravino el dicho Don Luis no solo por los actos antecedentes, sino por posseer las Alcavalas como libres, en lo que incurrieron tambien

ſus deſcendientes, ſe reconoce que con la miſma repugnancia à la voluntad del Teſtador poſſeyeron los deſcendientes, que el dicho Don Luis, y aſsi ſe verifican aquellas palabras del ſeñor Caſtillo, que immediatamente referimos: *aut quæ circa perſonam Patris movit principaliter Teſtatorem.*

51. Sin que proceda el argumento contra Doña Luiſa Bernarda, y ſus deſcendientes, pues à eſta no impuſo el Teſtador gravamen alguno en ſus legitimas, ni es preſumible, el que quiſiera continuar el gravamen en ella, reſpecto de que ſolamente gravò à Don Luis Joſeph, cuyos hijos regularmente avian de poſſeer ſus bienes, porque es preſſumpcion legitima, que los hijos poſſeen bienes, que fueron de ſus Padres: Surdo *deciſ.* 15. *num.* 10. ibi: *Res, quæ penes filium reperitur, proveniſſe preſumitur à Patre:* y aſsi ſolamente ſe deberà entender el gravamen en los hijos, y deſcendientes de Don Luis Joſeph, cuyos bienes fueron expreſſamente gravados, lo qual no procede en Doña Luiſa Bernarda, y ſus deſcendientes.

52. Para contraher la quarta limitacion del ſeñor Caſtillo, que es quando alguno ſimpliciter, & indiſtinctè fue excluìdo, de calidad que ſiempre, y abſolutamente fueſſe incapaz de ſucceder, es preciſo inveſtigar, què Derecho tenia à el Vinculo Don Luis Joſeph de Medina; y no pudiendo dexar de ſer vn Derecho futuro, eſtamos en los terminos de la queſtion, que magiſtralmente tocò el ſeñor Olea *tit.* 3. *quæſt.* 10. para cuya inteligencia explica la diverſidad de Derechos futuros en tres diferencias: La primera eſt ius delatum, quòd ideo dicitur, quia eius acquiſitio ex noſtra voluntate pendet, y eſte Derecho no pudo tener el referido Don Luis, pues aunque el cumplir la condicion de gravar ſus legitimas pendia en cierto modo de ſu voluntad, no obſtante, no podia adquirir la poſſeſsion del Vinculo interin que vivia Doña Iſabel de Sandier ſu Madre, porque es clauſula expreſſa de la fundacion, que primero avian de poſſeer el Mayorazgo Luis de Medina Orozco, y la dicha Doña Iſabel, y deſpues de eſtos el referido Don Luis.

53. La ſegunda dicitur ius futurum con cauſa de preſente, como debitum in diem, vel ſub conditione. Y la

ter-

tercera dicitur ius futurum ex causa de futuro; y el Derecho, que le competia al dicho Don Luis, era futuro con causa de presente, pues ya existia la fundacion; pero como el llamamiento del dicho Don Luis fue condicional, y no puro, avia de aguardar para la succession del Vinculo, la muerte de Doña Isabel de Sandier su Madre.

54. No ay duda, en que fue condicional su llamamiento, siendo el gravamen de ambas legitimas expressa condicion, para que quedara habil para succeder el dicho Don Luis Joseph, como se evidencia de las palabras de la fundacion ibi: *La qual fundacion de Vinculo, y Mayorazgo aveis de gozar, haziendo primero, y ante todas cosas aceptacion de las condiciones, y calidades, que en èl se ponen, que las aveis de aceptar sin faltar cosa alguna, pena, de que passarà à el siguiente en grado.* Et fortiùs ibi: *Porque si en algun tiempo hiziereis, y alegareis, ò reclamareis, ò hiziereis reclamamento, y quisiereis en virtud de ello separar vuestra legitima, en tal caso no os llamamos à dicho Mayorazgo, y Vinculo, sino llamamos à el siguiente en grado.*

55. En cuyo supuesto, no aviendose purificado la condicion, pues nunca la cumpliò el dicho D. Luis Joseph, quedò su llamamiento, como si nunca se huviera hecho, *quia actus habetur, ac si non esset factus, non purificata conditione, & quia paria sunt nihil fieri, aut sub conditione fieri, quæ purificata non fuerit:* ex aliis probat Barbosa *axiom.* 48. *num.* 2. *in fine, & num.* 3. *in fin.* ni el legatario condicional pendente conditione se puede dezir acreedor, à diferencia de lo que se debe ex contractu sub conditione, es expresso el texto en la *L.* 42. *ff. de Verbor. oblig.* D. Olea *dict. tit.* 3. *quæst.* 10 *num.* 8. No siendo culpable esta digression, ni se nos puede motejar repetimos en este Articulo, lo que debiamos dexar fundado en el antecedente, pues se haze preciso para afianzar el ningun Derecho, que tienen los descendientes de Don Luis Joseph.

56. Et vt redeamus, vnde digressi sumus, ait D. Castillo *prædict.* 4. *limitat. num.* 76. *Quarto denique, & vltimo loco respondetur, regulam eamdem generalem, exclusa scilicet vna persona, descendentes etiam ex ea exclusos censeri, tunc demum procedere, quando aliquis simpliciter, atque indistinctè exclusus est, ita quod semper, & absolutè incapax fuerit, & inhabilis omnino*

ad succedendum, nec vllo modo, aut tempore succedere potuerit; eo namque casu, & eius filii, atque descendentes inhabiles iudicantur, & exclusi: Secùs tamen si non simpliciter, aut absolutè exclusus est, sed potiùs ad successionem vocatus, licèt in aliquem casum, aut eventum exclusus, vel semotus à successione, ita quòd non omnino incapax fuerit, sed potiùs aliquando capax, tunc namque eius descendentes non censentur inhabiles, neque exclusi.

57. Respecto de lo qual dexando ya probado, que lo mismo fue quedar inhabil para la succesion Don Luis Joseph, por no aver cumplido la condicion, que si nunca huviera sido llamado, y que asimismo nunca fue habil para obtener el Mayorazgo, pues antes de cumplir la condicion nullum ius habebat, y despues, por no averla cumplido, padecia el mismo defecto, no se verifica la limitacion favorable, que se quiere deducir de contrario en su Informe num. 66. pues no les convienen las palabras del señor Castillo, que discurre hazen à su favor, y referimos proximamente ibi: *Licèt in aliquem casum; aut eventum exclusus*, porque Don Luis Joseph no fue excluìdo en caso de no assentir à el gravamen, sino no llamado, pues sin el gravamen no tenia derecho alguno, y para que tuviesse lugar la exclusion, se debia suponer algun Derecho: *Quia privatio præsuponit habitum, & nemo privatur, nisi priùs habuerit id, quo fuit privatus, vt ex L. 117. ff. de Verbor. oblig.* & aliis probat Barbosa *axiom.* 189. y como siempre fue inhabil, è incapaz de succeder el dicho Don Luis, la exclusion de sus descendientes, es lineal, segun esta doctrina de el señor Castillo.

58. En poco se distingue de la doctrina del Sr. Castillo la regla de Bartulo *in L. Liberorum. ff. de Verbor. signific.* por la que se intenta excluìr la exclusion lineal de la Religiosa en su Informe num. 68. pues queda fundado, que milita la misma razon en los descendientes de Don Luis Joseph, que militò en este, y assi se halla comprehendida en el tercer caso de la referida regla de Bartulo. Y no sirve de fundamento para conocer quando es real, ò personal la exclusion, el que se nos dà de contrario al num. 69. con la cita de Roxas 4.*part.cap.* 2. *n.* 13. porque disputando Roxas, si la incompatibilidad, que resulta ex dispositione hominis en el Concurso de dos Mayorazgos, sea fa-

yo-

vorable, ù odiosa, real, ò personal, funda desde el num. 5. que se debe entender el gravamen vnicamente personal, y prosigue poniendo diversos fundamentos entre los quales es el quinto num. 13. que se cita de contrario, y no pareciendole verdadera esta opinion, funda la immediatamente opuesta desde el num. 17. declarando su mente en el num. 32. y en el 34. satisface al quinto argumento con estas palabras: *Vnde respondemus eadem ratione ad quintum argumentum: quòd etiam à voluntate Institutoris dependet prohibitionem esse realem, vel personalem, vti ex L. Iurisgentium. §. Pactorum. ff. de Pactis, & aliis Iuribus probat* D. Castillo *dict. cap. 181. num. 2. & 301.* conque no serà vnicamente regla para conocer, si el gravamen es real, ò personal, si està puesto in rem, vel in personam, sino la mente expressa, ò conjeturada del Fundador.

59. De la misma suerte parece que no es acertado el afirmar, como se haze de contrario n. 70. que es opinion recebida, que la exclusion del Padre, por contravenir à el precepto del Testador, no es en beneficio del transversal, sino de los hijos del q̃ contraviene, porq̃ no toleran los Autores esta proposicion con la generalidad, q̃ de contrario se afirma, como se reconoce de los mismos, que se citan, especialmente de Roxas *de Incompat. part. 7. cap. 6. num.* 35. ibi: *Aut ratio incompatibilitatis, qua motus fuit Institutor Maioratus, Vinculi, seu perpetui Fideicommissi, aut Patronatus comprehendit lineam Patris successoris, qui optavit vnum ex duobus, pluribusve Maioratibus incompatibilibus, aut comprehendit tantùm personam eius.* Con cuya distincion resuelve la ocurrencia de las dificultades en este assumpto; respecto de lo qual, aunque admitamos que los hijos del que fue privado de los bienes del Mayorazgo succedan excluso el tranversal, como tambien de la misma suerte los del furioso, mudo, ò sordo, segun se funda en los num. 71. y 72. del Informe de la Religiosa; no nos obsta para que la exclusion de Don Luis Joseph sea lineal, respecto de que en los hijos del furioso, mudo, ò sordo, no milita la misma razon que en el Padre, y al contrario si milita la misma, que en el dicho Don Luis, en sus descendientes, como hemos fundado.

60. Se insinuan asimismo varias doctrinas, como

contrahibles al caso desde el num. 73. hasta el 75. concluyendo al 76. en que dize: *Que las explica citando à todos los què tocan este punto,* Roxas 3. *part. cap.* 1. *à num.* 65. *trayendo desde el* 70. *todos los exemplos de la expressa, y tacita exclusion; pero al* 86. *lo limita en el caso, de que el Fundador carezca de libre facultad, para poner semejantes condiciones, como quando fundò Vinculo de tercio, y quinto, segun la L.* 27. *de Toro, en cuyo caso no se entienden exclusos los descendientes; de calidad, que niega contravencion lineal.*

61. Y haziendonos cargo de lo primero, que se afirma de que este Autor puso todos los exemplos de la expressa, y tacita exclusion, no hallamos entre ellos el de el pleyto presente, que es el de el gravamen de las legitimas, y assi ignoramos, en què sentido se pueda verificar estàr en Roxas todos los exemplos de la exclusion, y mas considerando, quòd exempla non restringunt regulam, vt probatur *ex L. Damni infecti stipulatio. ff. de Damn. infect.* & est vulgare. Y en quanto à lo segundo de la limitacion de Roxas n. 86. en caso de Vinculo de tercio, y quinto, segun la L. 27. de Toro, es constante se viò este lugar con poca reflexion para quererlo aplicar à el punto presente, pues la doctrina insinuada de Roxas procede, quãdo, por observar el precepto del Testador, se faltàra à el orden de la Ley, y se interrũpieran sus llamamiẽtos, haziendo transito de vn grado à otro, como si el q̃ contraviniera fuera el vltimo de los descendientes legitimos, y naturales, que en este caso por su contravencion no se privàra de Mayorazgo, ni passàra este à el que fuera solamente natural, ò ascendiente; & sic de cæteris: mas entre las personas de vn mismo grado v.g. entre los hijos, no niega Roxas, que pueda subsistir la exclusion, ni pudiera negarlo, respecto de que por la Ley 27. se prohibe el prepostera, ò alterar el orden en ella señalado de los grados, y lineas; pero no prohibe el que entre los de vn mismo grado v.g. entre los hijos, y descendientes ponga el Padre la pena de privacion in vno, vel altero casu.

62. Expliquelo el mismo Roxas en el mismo num. 86. en donde, despues de aver referido el orden de la Ley 27. ait ibi: *Ideòque cuilibet gravamini, vel conditioni, & præcepto Institutoris, etiam in casu, quando prohibet sub pœna privationis,*

tionis, nè contrahat Successor cum ignobili, vel cum persona ex generatione Iudæorum, Sarracenorum, & his similium, non tenentur parere Successores, nisi inter eos, qui sunt eiusdem gradus, vel vti inter filios, ac descendentes legitimos, ac naturales; & si super sit vnus eorum, & contraveniat, non ex eo privari, aut excludi debet à successione Maioratus, ad hoc vt ad alium alterius sequentis gradus inferioris deveniat, scilicet ad alium ex gradu naturalium, vel ex gradu ascendentium, vel transversalium: Y siendo el Conde, que oy litiga, descendiente tambien del Fundador, como lo es la Religiosa, y no haziendo transito el Mayorazgo à otro grado, y por consiguiente no alterandose el orden de la Ley, es ageno de reflexion el alegar, y exponer la doctrina de Roxas como favorable à la Religiosa.

63. Ni estamos en caso dudoso, para que en èl no se entiendan excluìdos los hijos de Don Luis Joseph, segun la doctrina regular, que dà Roxas en el num. 93. del mismo lugar, y se cita de contrario, no confirmandose mas su resolucion en la doctrina, que en el num. 77. de su Informe expressa, afirmando, *que aunque la Religiosa necessitasse vsar del Derecho de la representacion; este si bien pone al hijo en el lugar del Padre, no le dà la succession ex persona Patris, sino ex persona ipsius succedentis*, porque aunque es verdad, que esta doctrina se suele traer, quando se excita alguna duda en terminos de exclusion; no obstante no es la precipua, y fundamental en la materia: assi lo conociò el mismo Roxas *de Incompat. præd. 3. part. cap.* 1. donde refiriendola en el num. *66.* la enuncia como comun, y vulgar ibi: *Nam solet hæc vulgaris distinctio adhiberi*, y aviendola referido, dize en el num. 67. *Sed quàmvis hæc distinctio communiter admittatur, & non sit contemnenda, nihilominus ad aliam magis vniversalem, & magistralem recurrendum est.* Siendo esta la voluntad expressa, presumpta, ò conjeturada del Fundador, la que debe ser el norte, por donde se goviterne la resolucion para excluir, ò admitir à los descendientes del que por contravencion perdiò el Derecho à el Mayorazgo: de que se sigue debemos omitir la doctrina de Esforcia *concil.* 38. *n.* 70. y lo que por ella se funda en el Informe contrario n. 78. en que se haze distincion de las qualidades de representado, y representante.

64. Haziendose la rèplica en el num. 79. de que las doctrinas explicadas no proceden, quando no ay, como en nuestro caso, la irritante, de que no vinculando Don Luis Joseph sus legitimas, passàra à el siguiente en grado; intenta satisfacerla en el num. 80. explicando la *Ley: Quæ conditio. ff. de condit. & demonst.* con cuya explicacion corrobora la justa pretencion de la Condesa; porque no admite duda, que entre los dos casos, que forma la referida Ley, no estamos en el de quando el gravamen es limitado à personas ciertas de alguna linea, pues el de la fundacion de este Vinculo no fue solo à Don Luis Joseph, sino à sus bienes: lo que se evidencia, de que despues de averle mandado el Fundador, que gravasse sus legitimas, imponiendole la pena referida, dize ibi: *Porque nuestra voluntad es, anden siempre los dichos bienes todos juntos, y consolidados.* Y assi, siempre que sus hijos, que regularmente avian de posseer los bienes de el dicho Don Luis, posseyessen los bienes de la legitima de su Padre, como libres, y el tercio vinculado, se oponian à la mente expressa de el Fundador, por ser el gravamen impuesto por este, no â Don Luis Joseph vtcumque, sino como posseedor de dichos bienes.

65. Nos hallamos en el otro caso de la Ley, que es, quando las vocaciones son absolutas en la succession de las lineas, y el gravamen es limitado à vna en particular, en el qual caso, solo se entiende el gravamen repetido en aquella, adonde especialmente se puso, como en la fundacion de este Vinculo; pues se puso en la legitima de Don Luis Joseph, y no en la de Doña Luisa Bernarda, ni demàs llamados, y assi esta, y sus descendientes deben succeder sin el referido gravamen.

66. Conviene con la referida *Ley: Quæ conditio. ff. de condit. & demonst.* la *Ley: Cohæredi. §. Qui Patri. ff. de Vulgar.* y lo que con vna, y otra deduce Pegas *ad Ord. Reg. Port. lib. 1. tit. 50. glos. 1. cap. 1. num. 5.* y supuesta la verdadera aplicacion, que llevamos expressada de estas doctrinas, mas bien sirven de declarar el Derecho, que à la Condesa assiste, que de fomentar el de la Religiosa, para cuyo efecto se traxeron de contrario.

67. Como tambien el lugar de Pegas, vbi proximè

num. 6.

num. 6. en donde dize, que para conocer, si el gravamen es personal, ò real, se debe mirar si precede el nombre de la persona, à quien se grava, que en este caso serà personal; pues en la fundacion presente, el gravamen fue en los bienes de Don Luis Joseph, como se manifiesta en las palabras de la fundacion, que referimos num. 64. y assi no estamos en caso tan dudoso, que sea preciso valerse de estas congeturas. Y no nos detenemos en la cita de el señor Castillo *lib.* 3. *controv. cap.* 15. citado en el Informe de la Religiosa en el num. 82. por no repetir lo que sobre su explicacion hemos dicho en el principio, y progresso de este Articulo.

68. Concluye toda la materia de exclusion el Informe de la Religiosa en los num. 83. y 84. con la cita de Roxas *de Incompat.* 4. *part. cap.* 1. per totum, explicando el punto, de quien se entienda el siguiente en grado, quando es llamado en caso de contravencion de el Posseedor, si los hijos de este, ò su hermano? Cuya question decide à favor de los hijos de el Posseedor, y contra el hermano, quando este en la fundacion no tiene expresso llamamiento, probat idem Roxas num. 87.

69. Y aunque venerando la autoridad de Roxas, pudieramos seguir la contraria, assi por los fundamentos, que èl expressa, como por los de el señor Castillo, y señor Larrea, citados por el mismo num. 86. no obstante, suponiendola por cierta, es de notar, que el punto, que toca Roxas sobre la inteligencia de el siguiente en grado, es quando el Fundador previene, que su Mayorazgo sea incompatible con otro, en cuyos terminos no serà reluctante, y opuesto à su voluntad, que succedan los hijos de el Posseedor, ni por la possesion de aquellos en el Mayorazgo incompatible con el de su Padre, se oponen à la voluntad de el Fundador; mas en el pleyto presente, si se entendiera el siguiente en grado algun hijo de Don Luis Joseph, contuviera la misma repugnancia à la voluntad de el Fundador, que tuvo Don Luis Joseph, pues todos han posseìdo los bienes de sus legitimas, como libres, siendo el principal intento de la fundacion, que estèn vinculados, y consolidados con los de el tercio.

70. Fundada ya la exclusion lineal por los mismos

medios, de que se valiò para evadirla la Religiosa en su Informe desde el num. 62. hasta el 84. inclusivè, no nos contentamos con aplicar à favor de la Condesa los referidos medios, sino que debemos añadir otros, de que no se ha hecho mencion de contrario.

71. Para lo qual debemos suponer por cierto, que la demanda puesta por la Religiosa, en que pidiò la possession de este Mayorazgo, fue suponiendo se le avia transferido la civil, y natural, desde la muerte de Doña Maria de Medina su hermana, por lo que parece contempla el orden de succeder desde Don Luis Joseph, à la dicha Doña Maria, y de esta à la referida Religiosa, respecto de lo qual, probandose por la Condesa, que por la muerte de la dicha Doña Maria no se le transfiriò possession alguna; quedarà desvanecida su pretencion.

72. Que no se le transfiriera possession alguna por la muerte de Doña Maria de Medina se prueba, de que esta no tuvo Derecho alguno à el Vinculo, y assi por su muerte no huvo succession de lo que nunca tuvo. Y aunque parezca dificil el afirmar, que nunca tuvo Derecho à el Vinculo la dicha Doña Maria, no lo serà, atendiendo à que esta naciò por Julio de 1662. y la contravencion de Don Luis Joseph (aun atendiendo à la posterior) fue por el año de 1660. en que juntamente con Doña Isabel de Sandier su Madre, y Don Martin Davila su cuñado, pidieron la particion de los bienes de el Veintiquatro Luis de Medina, en donde se aplicò à el Vinculo solamente la legitima Paterna de el dicho Don Luis, y el tercio.

73. Cuyo Hecho supuesto, como constante de los Autos, nos hallamos en la duda de Derecho, si quando el hijo nace despues de la contravencion de su Padre, aviendose ya adquirido, mediante ella, Derecho à el Vinculo à el immediato Successor tempore contraventionis, podrà succeder aquel, y preferirse à el siguiente en grado.

74. Tocò esta question D. Molina *de Primog. lib. 3. cap. 10. num. 44.* aviendo fundado en los num. antecedentes, deberse preferir el immediato Successor, quando el Mayorazgo vaca por muerte de el Posseedor, à el que despues nace, y es mas immediato, cuya opinion es la mas comun, y assi la siguen el señor Castillo *controv. lib. 3. cap.*

cap. 15. *à num.* 2. *& lib.* 5. *cap.* 91. el señor Gregorio Lopez, Flores de Mena, y otros, à quien cita Roxas *de Incomp. part.* 5. *cap.* 2. *num.* 21. vbi Aguila, pues aunque distingue este vltimo, quando consta lo contrario de la voluntad de el Fundador, no estamos en essos terminos.

75. Llega à el referido num. 44. el señor Molina, y pregunta, si se deberà resolver lo mismo, quando la succession se defiriò, no por muerte de el Posseedor, sino por contravencion de este, y lleva por conforme à Derecho la preferencia de el immediato Successor tempore contraventionis, porq̃ es igual en todo este caso à el de la muerte de el Posseedor.

76. Y aunque en el versiculo: *Sed quamvis.* parece, q̃ se inclina à llevar la opinion favorable à el hijo, que despues nace por razon de equidad, suponiendo la opinion contraria por verdadera stricto iuris rigore, prosigue hasta el fin de el capitulo, hablando en el caso de contravencion por enagenacion, y concluye dudoso en su resolucion, la que para aver de comprehender, serà preciso recurrir à otros lugares de el señor Molina, siendo el primero el *cap.* 12. *num.* 35. *lib.* 1. en donde afirma, que por la enagenacion de el Posseedor passa, sin aguardarse à su muerte, el dominio de los bienes vinculados à el immediato Successor, y esto sin limitacion, ni restriccion alguna, y casi con las mismas palabras en el *lib.* 4. *cap.* 10. *n.* 9. y lo mismo *lib.* 3. *cap.* 13. *num.* 59. expendiendo el *text. in leg. Gallus.* §. *Quid si tantum. ff. de Liber. & posthum.* ibi: *Vt ad similitudinem mortis cæteri casus admittendi sunt.*



77. Con estos lugares, parece que la mente del Sr. Molina fue atender à la habilidad, y capacidad de la succession â el tiempo de la contravencion, sin aguardar à la muerte de el Posseedor, y assi el hijo, que despues nace, no puede tener Derecho à el Vinculo, yà deferido legitimamente à el immediato Successor: Sin que sea esta inteligencia de el Sr. Molina arbitraria, porque para evitar la voluntariedad, servirà de fundamẽto la superior inteligencia del Sr. Castillo *lib.* 5. *controv. cap.* 91. *num.* 56. *versic. Et in fine quæstionis.* quien entiende à el Sr. Molina de la misma forma, que và explicado.

78. Mas suponiendo por opinion de el señor Moli-

 na,

na, y de el señor Castillo, vbi suprà, que por razon de equidad, debiera succeder el hijo, que despues nace, segun los terminos, que tiene oy el pleyto, y despues se tocarà, quando se trate de la exclusion personal de la Religiosa, fuera contra equidad que obtuviera esta, y assi, ni aun en este sentido estàn contrarios los referidos Autores.

79. Indistintamente, y sin la referida limitacion, tenemos favorable à Mieres *de Maiorat.* 3. *part. quæst.* 9. *num.* 31. y especialmente 4. *part. quæst.* 1. *num.* 66. en terminos, de quando à el tiempo de la contravencion ay vna muger immediata, la que se debe preferir à el varon, que despues nace, por aver adquirido en tiempo habil el Derecho à el Vinculo, y assi es opinion comun, que en Mayorazgos de agnacion, ò masculinidad, admitida vna vez aquella, no se excluye por el varon, que despues nace, siendo de este sentir, fuera de los antiguos, el señor Olea *de cess. Iur. tit.* 3. *quæst.* 4. *num.* 19. Pegas *resol. cap.* 4. *num.* 37. à quien sigue, y cita Aguila ad Roxas *part.* 5. *cap.* 2. *ad num.* 15. *num.* 10.

80. Y proceden las doctrinas referidas à favor de Doña Luisa Bernarda, en tanto grado, que aunque se le quisiera oponer, que nunca llegò à tomar la possession real de el Mayorazgo. En cuyo caso limitan algunos las referidas doctrinas: lo cierto es, que el no aver posseìdo el Mayorazgo, no puede servirle de obice, mediante, que quando en las fundaciones se hallan las clausulas, que en esta, por la mera contravencion de el Posseedor, se le transfiere desde luego à el immediato Succesor la civil, y natural, sin aguardar la muerte de el Posseedor, doctissimè Pegas *resol. cap.* 4. *n.* 102. Et in individuo, oponiendose à la referida limitacion Aguila ad Roxas *p.* 5. *cap.* 2. *ad n.* 15. *n.* 22.

81. Conduce Menochio *lib.* 3. *cons.* 278. *num.* 12. y con especialidad resuelve en el *lib.* 5. *cons.* 413. à favor de el immediato tempore contraventionis, y contra el hijo, que despues nace, teniendo la fundacion de el fideicommisso, sobre que recayò su resolucion, clausulas muy semejantes à las de el pleyto presente.

82. En terminos de enagenacion de bienes de fideicommisso favorece à el remoto contra el hijo, que despues nace, Giurba *in consuet. Messanes. cap.* 1. *glos.* 4. *à num.*

107.

107. fundandose, en que la retrotraccion, en que estriva el Derecho de el hijo, està introducida por ficcion, y esta no es admissible en perjuycio de tercero, ni faltando la razon de equidad, la que en este caso faltàra, porque se perjudicaba à el mas remoto, que en tiempo habil adquiriò Derecho; y en cuya comprobacion refiere num. 110. la doctrina de Menochio *lib.* 1, *præsump.* 9. *n.* 15. de que quando el Principe restituye à alguno à su antiguo estado, reintegrandole en su honor, y bienes, no puede recuperar los transferidos à otro en el medio tiempo, cuyo Derecho no se entiende quiso el Principe perjudicar. Lleva tambien la resolucion, que fundamos, el señor Solorzano *de Iur. Ind. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 19. *num.* 37.

83. De que se infiere no aver tenido Derecho alguno à el Vinculo por este medio Doña Maria de Medina, y suponiendo la Religiosa la succession de esta, por fundamento para la suya; pues desde su muerte, y no desde la de Don Luis Joseph ha pedido la possession, aviendose adquirido por la contravecion de este, Derecho à el Vinculo à Doña Luisa Bernarda, quien no tuvo impedimento alguno para adquirirlo, por no aver nacido la dicha Doña Maria hasta el año de 62. como consta de su Feè de Baptismo; està excluida la Religiosa por ser su pretencion, segun la deduce, desde el año de 20. y desde el de 60. à lo menos, estaba adquirido el Derecho en la linea de Doña Luisa Bernarda.

84. Queda para mayor fundamento de la exclusion lineal de Don Luis Joseph, aun todavia otro medio mas concluyente, y en el que cessarà qualquiera duda, quando la huviera en los antecedentes, y debiendo suponer, que Don Luis Joseph por su contravencion no tuvo Derecho à el Vinculo, assi por lo que hemos fundado en el primer Articulo, y en este segundo, como porque en este supuesto, es preciso consentir (y assi se haze de contrario en su Informe num. 61.) para que aya terminos habiles de disputar la question, de si por la contravencion quedaron exclusos sus descendientes, ò solo el dicho D. Luis: resulta, de que nunca posseyò este legitimamente, pues desde luego le obstaba la falta de gravamen de ambas legitimas; condicion previa, y que ante todas cosas avia de executar segun la fundacion.

No

85. No aviendo posseìdo en tiempo alguno D. Luis Joseph, carecen de Derecho à el Vinculo sin la menor duda todos sus descendientes, *argumento text. in L. Seia. 42. ff. de mortis caus. donat.* en cuya especie, aviendo hecho donacion Seya à Ticio de todos sus bienes, retento vsufructu, con el pacto, de que si Ticio premuriesse, bolviesse la propiedad à Seya, y esta la avia de dexar despues de su muerte à los hijos de el susodicho: premuriò Ticio, bolviendo el dominio à Seya, y pretendian los hijos de aquel los bienes, los que fueron excluidos, y dà la razon el Consulto ibi: *Incurrebat hæsitatio non extorquendæ donationis, quæ nondum in persona filiorum initium acceperat.*

86. En mas estrechos terminos la *Ley: Titio vsufructus. 96. ff. de condit. & demonst.* en donde se hizo legado à Ticio de el vsufruto de vn esclavo, y quando dexàra de pertenecerle, tuviesse la libertad; aviendo muerto Ticio, antes que el Testador, dize el Consulto, que no vale la libertad, y dà la razon, ibi: *Quia conditio nec initium accepit*; y esto es, siendo la libertad tan favorable, que por ella se limitan las disposiciones comunes.

87. Aun mas elegante es la decision de el *text. in leg. Cùm Pater. 77. §. Libertis prædium. ff. de legat. 2.* en la que se propone esta especie: Ticio tenia cinco libertos, à los que les dexò vn predio, prohibiendoles su enagenacion; sucede, el que enagenan las partes, que les tocaba los quatro; en este caso solamente el quinto puede intentar se revoquen las enagenaciones de los otros: y este es el primer caso de el texto, mas si no enagenan todos quatro à vn tiepo, sino succelsivamente vno despues de otro: Entonces solamente podrà pedir la revocacion de la enagenacion de el primero, el que enagenò despues: de cuya decision subtilissima de Papiniano infiere el señor Larrea statim referendus, que es tan precisa la possession de la parte, que à cada liberto le tocaba, para pedir la revocacion de las de los otros, que vnicamente podrà pedirla, el que à el tiempo de la enagenacion de la parte de otro, posseìa la suya.

88. Es de esta opinion Mieres *de Maiorat. 2. part. quæst. 7. num. 9.* y 10. en donde explicando el modo de la computacion de grados para la succession, dize, que los que nunca fueron, ò no fueron idoneos para obtener, no consti-

tituyen grado, infiriendo de esto, que el que por razon de delito se hizo incapaz de succeder, de tal suerte, que nunca aprehendiò la possession, y propiedad de el Mayorazgo, no se puede considerar, para que por èl se compute el grado, y parentesco, procediendo esta resolucion, no obstante que en la misma segunda *part. quæst.* 4. *illat.* 8. funda la favorable à los hijos de el que contravino.

89. Repite esta misma doctrina 1. *part. quæst.* 1. *à n.* 93. y especialmente *num.* 96. hablando de quando procede por delito la inhabilidad à la delacion de el Mayorazgo, que en este caso no se puede dezir, se le quita la succession à el inhabil, porque nunca la ha tenido; y assi sucediò en el de el pleyto; pues à el tiempo de la delacion de el Mayorazgo, que fue en la muerte de Doña Isabel de Sandier, yà avia contravenido Don Luis Joseph: y con lo referido conduce la distincion, que funda 2. *part. quæst.* 31. *num.* 32. *versic. Potest tamen.* en donde, para que el Monasterio pueda succeder ex persona Monachi, es necessario aya posseido este el Mayorazgo, & è contra, quando nunca posseyò: sed de hoc infrà.

90. Sigue à Mieres el Sr. Castillo *controv. lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 80. 81. y 82. y en el num. 79. ita ait: *Vbi ad inclusionem, & admissionem descendentium maxima habent in consideratione, quòd eorum auctrix aliquando in fideicommisso successerit, & realem successionem obtinuerit.* Mas claro el señor Solorzano *de Iur. Ind. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 19. *num.* 37. donde explicando los Autores, que fundan la exclusion lineal por contravencion de el Posseedor, dize ibi: *Quorum sententia, vt defendi possit, accipienda est, vbi talis inhabilis ob præcedentem contraventionem numquàm successit, nam tunc nec filii eius ad successionem admittentur.*

91. Explica la referida *Ley: Cùm Pater.* §. *Libertis prædium. ff. de legat.* 2. el señor Larrea *disp.* 51. *num.* 24. y sigue la opinion, que à favor de la Condesa llevamos fundada, de el Sr. Olea *de cess. Iur. tit.* 3. *quæst.* 4. *num.* 20. *vers. Quod idem Mieres.* Pegas *resol. forens. part.* 1. *cap.* 4. *num.* 98.

92. Y aunque contra lo referido se quiera oponer, que Don Luis Joseph posseyò el Mayorazgo por todos los dias de su vida, à esto se satisface, considerando el ningun Derecho, que tenia el referido; por lo qual, omitien-

do dar la prueba en terminos generales, de el poco, ò ningun efecto, que tiene la possession, quando ay resistencia de Derecho, siendo en este caso vn mero detentador, el que assi està en possession, nos contentamos con darla individualmente en terminos de Mayorazgo, con la regla, que señala Roxas *de Incompat. part.* 4. *cap.* 1. *num.* 85. ibi: *Assignamus itaque pro regula, quòd in omni casu, in quo qui est in possessione Maioratus iniustè, seu iniquè, vel nulliter possidet, is, ad quem Maioratus legitimè pertinet, attendendus est, vt qui ei proximior sit, ad illum ad nittatur, non qui proximior sit iniusto Possessori, aut ei, qui fuit in possessione.*

93. Resta solo para finalizar este Articulo, hazernos cargo de las prescripciones, que se explicaron de contrario desde el num. 85. hasta el 93. de su Informe, y sin detenernos en reparos, que se pudieran formar en la aplicacion de las doctrinas, consentimos desde luego en que procedan, y valiendonos de ellas en el num. 88. y especialmente en el 91. en donde funda, que bastan diez años de possession, y modo de succeder, por obrar lo mismo el transcurso de dicho tiempo, para interpretar la duda, que si literalmente lo huviera dispuesto el Fundador, con los Autores, que se citan, las contrahemos à favor de la Condesa, sin la menor duda, pues aunque la huviera para excluir la Religiosa ex præsumpta mente Testatoris, la quitàra la possession, que desde la muerte de Doña Maria de Medina ha tenido, y tiene la linea de Doña Luisa Bernarda, desde el año de 708. en que muriò la susodicha, y tomò possession el Conde Don Lorenzo, hasta que por el año de 20. se puso la demanda por la Religiosa, en que passaron mas tiempo de 10. años.

94. Siendo facil la retorcion de el silencio, de que se haze cargo à el Conde, quando tambien le ha tenido la Religiosa, consintiendo en la linea de Doña Luisa Bernarda, el Mayorazgo, por la possession de el Conde Don Lorenzo, su hijo Don Juan, y la de el que oy litiga; y assi deberà responder à el *cap.* 11. de el lib. de los Juezes, *versic.* 26. y demàs, que cita en su Informe num. 93. Y es de advertir, no tuvo fundamento la Religiosa para aplicar à su favor las palabras de el referido cap. respecto, de q̃ aviendo puesto la demanda, fue quien provocò el juycio, por

cuyo

cuyo motivo se puede dezir con mayor razon por la Condesa: *Sed tu contra me malè agis indicens bella non iusta.*

ARTICVLO TERCERO.

AVNQVE LA RELIGIOSA, COMO DESCENDIENTE de Don Luis Joseph, tuviera Derecho à el Vinculo, lo huviera perdido por la renuncia.

95. DESDE EL NVMERO NOVENTTA Y CINCO de el Informe de la Religiosa, se nos haze cargo, de q̃ nos hemos valido de vn medio totalmente contrario à el de la contravencion lineal, como lo es, el de que la dicha Religiosa perdiò el Derecho à el Vinculo por la renuncia; cuya contrariedad se funda, en que si fue exclusa la linea de Don Luis Joseph por la contravencion, no tuvo Derecho alguno, que renunciar; con que, ò no fue exclusa la linea, ò si lo fue, el valerse de el medio de la renuncia, es confessar contrariedad privativè, y condoliendose de nuestra insuficiencia, nos quiso prevenir la solucion à el num. 97. en que afirma, *que puede dezirse, que esta, que se llama contrariedad, no es privativè, sed dispositivè, ò disyuncta en los terminos de la Ley: Hæc verba.* 124. *ff. de Verb. signif.* ibi: *Si dies est: ergo nox non est.*

96. Estimo la prevencion con el aprecio debido; pero aunque entre los dos propuestos medios, no huviera contrariedad privativa, nunca me fuera possible valerme, para persuadir este intento de la citada *Ley: Hæc verba.* ni de el exemplo, que pone de el dia, y la noche; respecto, de que contrarios privativè son aquellos, que no admiten medio: y los contrarios dispositivè, los que son compatibles con medio, cuya diferencia explica admirablemente Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 1. *à num.* 24. con el Padre Melchor de la Cerda, de la esclarecida Religion de la Compañia de JESVS, *in campo eloquentiæ volum.* 2. *cap. de Contrariis*, y otros muchos, que à este fin cita, y el vnico exemplo, que trae en el referido num. 24. para explicar la contrariedad privativa, es el de la citada *Ley: Hæc verba.* y aunque los Autores no lo dixeran, lo dicta la luz de la razon, y lo testifica la vista corporal; por cuyo motivo, pa-

ra fundar la contrariedad dispositiva, y no privativa, no conduce la referida *Ley*.

97. Y no negamos, que entre los dos medios de contravencion lineal, y renuncia, ay contrariedad privativa, pues es innegable, que siendo la contravencion lineal, no tuvo la Religiosa Derecho, que renunciar, y si à el mismo tiempo se afirmàra, que avia renunciado el Derecho, que tenia, era preciso conceder dos contradictorios, *scilicet*, tuvo, y no tuvo Derecho, que renunciar; pero no se ha instruìdo la defensa por el Conde en esta conformidad, sino se ha alegado la contravencion lineal, y el ningun Derecho, que atendido este medio, tiene à el Vinculo la Religiosa, y omitido, y no concedido, que la contravencion no fuesse lineal, y que la Religiosa, como descendiente de Don Luis Joseph, tuviesse Derecho à el Vinculo, se ha alegado, que tampoco debiera succeder, porque lo huviera perdido en virtud de la renuncia, en cuya atencion, aunque los medios son contrarios, no ay contrariedad en el modo de tocarlos, y el fin, à que mira esta defensa, es à proponer todos los medios *ex se* suficientes para la exclusion de la Religiosa, de suerte, que si V. S. hiziere juycio, que la contravencion fue lineal, no ay necessidad de recurrir à la renuncia; pero dado caso, que en el superior dictamen de V. S. no hagan peso las razones, con que se ha fundado, se propone à la vista otro medio, no menos eficaz para su exclusion: sin que aya implicacion alguna en este modo de defensa, como no la ay, en que *simul* coexistan dos acciones contrarias en vn sugeto, *aliter enim* era escusado, que Roxas *de Incompat. part. 6. cap. 3. à num.* 1. fundàra, que el que tiene dos acciones contrarias, puede elegir la vna de ellas, prohibiendose vnicamente el simultaneo concurso de ambas *quoad effectum*, por cuyo motivo, aunque en el mismo *cap. à num.* 8. dize, que quando dos Mayorazgos son incompatibles, no puede el Successor pedir simul la possession de ambos, previene no obstante à el *num.* 14. vna advertencia, para que el Abogado no se implique en la defensa.

98. *Ait ergo predict. num. Sed antequàm alia prosequamur, advertat prudens Advocatus, quòd si eius clientulus in petendo, vel excipiendo intendat duos consequi, vel retinere Maioratus in-*

com-

compatibiles, dicat informatione libelli, quod debet obtinere, vel retinere prædicta duo primogenia, ex eo quòd non sint incompatibilia: sin autem incompatibilia declarentur, quod fieri non debet, ex nunc prout ex tunc eligit tale primogenium, vel se velle eligere vnum eorum ex nunc protestatur: no ay duda, en que ay contradiccion formal entre compatibilidad, y no compatibilidad, y no obstante no ay implicacion en practicar la doctrina de Roxas, porque se proponen los dos medios *sub disiunctio*, y el segundo solo para en caso, que no tenga lugar el primero, y en la misma conformidad se han propuesto los dos de la contravencion, y renuncia.

99. Y acercandonos à ventilar la question, vtrùm, inquam, la renuncia comprehendiò la succession de este Vinculo; se debe suponer lo primero, que no fue limitada, sino general, y absoluta, pues atendido el tenor de la escritura, dize, que *renuncia en Don Luis Joseph Rodriguez de Medina su Padre para el susodicho, y quien su causa huviesse, todos los bienes rayzes, muebles, y semovientes, deudas, derechos, y acciones, y otras cosas de qualquier suma importancia que sean, y le pertenescan, y pertenecieren por qualquiera manera, assi de la legitima de Doña Francisca de Andrade y Benavides su Madre, en que avia succedido, como lo que le pudiesse tocar despues de la vida de su Padre, y otras qualesquier herencias, y transversales succesiones, mandas, y donaciones, en que avia succedido, y succediesse en adelante, y de todo lo que le perteneciesse de el Patronato de Alonso de Burgos, y de la Hermandad, y Cofradia de la Santa Cruz, sita en el Convento de San Francisco, Casa Grande de esta Ciudad, y otros qualesquier Patronatos, que tenia, y à que pudiera tener pretencion, para que lo percibiesse, y cobrasse desde el dia de su professsion el dicho su Padre, con la calidad, de que el susodicho pudiesse mandar, donar, ceder, y dexar à los otros sus hijos, y herederos, ò à las demàs personas, que le pareciesse, los bienes, y hazienda, de que hazia la renuncia.*

100. Lo segundo: que la renuncia se hizo mucho tiempo despues de fundado el Vinculo, lo que tambien se supone en el Informe de la Religiosa num. 98. y aunque assegura, que dicha Religiosa à el tiempo de la renuncia ignorò tal vinculacion, y Derecho, que pudiera tener, y que no le diò noticia su Padre: no ay prueba alguna en los Autos mas, que averlo declarado en

esta conformidad la Religiosa, cuya declaracion nada prueba à su favor.

101. Pero omitido, y no concedido, que huviesse ignorado la fundacion, y el Derecho, que dize, tener à el Vinculo, no obstante, la renuncia es suficiente, y de tal eficacia, que en virtud de ella huviera perdido qualquier Derecho, que huviera tenido à la succession; pero como es possible fundar este intento à vista de la seguridad, con que se procede en el Informe de la Religiosa, en que *n.* 99. dize: *Y aunque pudiera dezirse, que por ser el Vinculo un Derecho de futuro con causa de preterito, ò esperanza de presente pudiera comprehenderlo la renuncia; ad tradita per D. Oleam tit. 3. quæst. 10. per totam, esto solo pudiera proceder, quando este Derecho no fuesse ignorado, como de hecho lo fue, y contra que nada se probò por la Condesa, estando à favor de la Religiosa la ignorancia, mientras no se justificasse la ciencia, la que es tan precisa, como en terminos de renuncia, fundò* Fontanela *de pact. nupt. clausf. 4. glos. 28. à num. 40. & in clausf. 9. glos. unic. part. 1. num. 79. y* Cyriaco *controv. 292. num. 8. y es comun en todos los Autores.*

102. Con estas mismas doctrinas se funda, que aunque la Religiosa huviera procedido con ignorancia, perdiera qualquier Derecho, que pudiera tener à la succession de este Vinculo; respecto de que el señor Olea *in prædict. quæst. à num. 2.* divide el Derecho futuro en tres especies, como explicamos à num. 52. entre las quales no se halla Derecho futuro con causa de preterito, pues si es futuro ex causa de præsenti ha de existir esta, y si es ex causa de futuro, no ha llegado el tiempo, de que exista, con que nunca se puede verificar, que actualmente exista Derecho futuro ex causa de præterito, nec ad præteritum datur regressus; y de las tres especies, que toca el señor Olea, pertenece à la segunda el Derecho, que à el tiempo de la renuncia pudiera tener la Religiosa, pues fuera entonces Derecho futuro, que provenia de la fundacion, que ya existìa, y sus llamamientos, que era causa de presente.

103. Despues de aver fundado el señor Olea, que todos estos Derechos se pueden ceder, disputa à *num. 21.* si se comprehenden en la cession general de todos Derechos, y acciones, que tiene el cedente, y espera tener? A

que

que responde: *Et vera, communisque resolutio est, futura iura venire, quæ ex causa de præsenti competunt, non verò quæ ex causa de futuro*: y hablando de renuncia num. 22. ait: *Quibus simile est, quod in renuntiatione generali, quæ iura futura respicere videtur, non comprehenduntur nisi illa, quæ ex causa de præsenti spectabant ad renuntiantem*: sin que se halle palabra, en que el señor Olea afirme, que sea preciso, el que el cedente, ò renunciante tenga noticia de el Derecho futuro, que le compete con causa de presente: de que se infiere, que en la renuncia general, que otorgò dicha Religiosa, se comprehendiò el Derecho de futuro con causa de presente, que supone tenia à la succesion de este Vinculo.

104. Oigamos aora à Fontanela *in prædict. claus. 4. glos. 28. num.* 40. en que hablando de renuncia general, y de litigio, en que el renunciante alegaba la ignorancia, como aora se alega por la Religiosa, dize: *Arbitror (inquam) ex suprà dictis motum Senatum, vt declararet renuntiationem prædictam cum dicta clausula generali factam, comprehendere ius, sibi competens vigore cuiusdam hæreditamenti in favorem filiorum nasciturorum in contractu matrimonii suorum Parentum facti, quod dictus renuntians dicebat se ignorasse tempore renuntiationis, & erat verum, quòd de scientia non constabat plenè, & fuit sumptum pro motivo idem, quod suprà dictum extitit, quòd clausula prædicta tam generalis, salva proprietate recti sermonis, non poterat restringi ad specificata, sed imò quòd omnia, & quæcumque iura cognita, & incognita ex sua vi, & natura comprehendebat, & quotiescumque talis clausula aderat, sufficiebat in genere cogitasse, quod ex amplissimis verbis, in renuntiatione appositis, iam præsumebatur*: Si este Autor en terminos de renuncia funda, que esta no se estiende à el Derecho ignorado, què quiere dezir *cognita, & incognita*? Y si la renuncia general se limitàra à los bienes, y derechos, que en ellos se expressan, què explican aquellas palabras, *non poterat restringi ad specificata*?

105. Verdad es, que en la *claus. 9. glos. vnic. part. 1. num.* 79. en que tambien se cita à Fontanela, dixo: *Finaliter est advertendum, quòd istæ renuntiationes non trahuntur, nec trahi possunt ad incogitata, & ignorata, velati si in illis bonis, quæ Pater possidet, aderat aliquod Vinculum in favorem filiæ, quæ bonis Paternis renuntiavit, ab ipsa ignoratum, tunc ad illud non*

exten-

extenderetur renuntiatio: pero habla en este lugar de renuncias particulares, y determinados bienes, y estas son las que dize, que no se estienden à el Vinculo ignorado por vna hija, que renunciò los bienes de su Padre, y con mas claridad lo explica *num.* 80. ibi: *Sed attende, non esse semper, & vbique verum, renuntiationem non trahi ad incognita, veluti ad fideicommissum, & Vinculum incognita, tam generalia enim, & vniversalia possent esse renuntiationis verba, quod omnia procul dubio comprehenderent:* ni pudiera hablar en otro sentido, aliter enim se opusiera à lo que avia fundado en la clausula 4.

106. Cyriaco *controv.* 292. *num.* 8. habla del Derecho futuro con causa de futuro, y este es el que dize, que no se comprehende en la renuncia del Derecho futuro, vt patet ex eius verbis, ibi: *Maximè si ius illud supervenit ex post, & ex causa de futuro, quia renuntiatio etiam iuris futuri intelligitur de Iure futuro ex causa tamen de præsenti, non autem extenditur ad ius futurum ex causa de futuro, non habente spem probabilem de præsenti:* ergo si el Derecho, que tuviera la Religiosa, avia de ser al tiempo de la renuncia vn Derecho futuro con causa de presente, està contra producentem este Autor, como todos los demàs.

107. Pareciendole à el Abogado de la Religiosa facil el assumpto, de que en la renuncia no se comprehendiò el Derecho à el Vinculo, passa à fundar desde el num. 100. que aunque la Religiosa tuviesse ciencia bastante de el Vinculo, no se comprehendiò este en la renuncia, para lo qual supone num. 101. que la renuncia fue de las legitimas Paterna, y Materna, y otras qualesquier transversales succesiones, y de el Derecho à el Patronato de Alonso de Burgos, y de el de la Santa Vera-Cruz, sita en S. Francisco, y omite las clausulas generales, que contiene la renuncia de qualesquier Derecho, y acciones, que le pertenecian, y pudieran pertenecer, expressando ser su voluntad renunciar todos sus bienes presentes, y futuros, obligandose baxo de juramento, à no revocarla, y dandole facultad à su Padre, para que dispusiera de todos los bienes como quisiera, y que los pudiesse dexar à sus hijos, y herederos, ò à las demàs personas, que le pareciesse; circunstancias dignas de que se tengan presentes, respecto

de

de que para q̃ tenga lugar la queſtion, es preciſo ſuponer vna renuncia general, y vniverſal, en que no eſtè expreſſado el Vinculo, pues ſi fuere particular, y de determinados bienes, ò porque contiene alguna clauſula taxativa, ò porque aunque no la tenga carece de las generales, no ay que queſtionar, ni ay Autor, que diga, que la renuncia particular ſe eſtiende à el Vinculo, ò à otros qualeſquier bienes no expreſſados en ella.

108. Tambien es preciſo hazernos cargo de las tres eſpecies de renuncia, que toca Julio Caponio *diſcept.* 216. que ſe reducen à tres, *perſonal ſimpliciter, real ſimpliciter, y real ſecundùm quid, ò mixta*, las que ſe apuntan en el Informe de la Religioſa num. 102. citando el miſmo Autor, ſin contraherlas à el pleyto, ni explicar à què eſpecie de renuncia ſe reduce, la que hizo Soror Maria de San Jacinto, cuya aplicacion es preciſa, aliter enim no ſerà poſsible percebir, ſi eſtàn favorables, ò contrarias las doctrinas, en quanto à la incluſion, ò no incluſion de el Vinculo en la renuncia.

109. Deſde el num. 3. toca Caponio eſtas tres eſpecies de renuncia: perſonal ſimpliciter dize, que es aquella, en que ſe renuncia la herencia de alguna determinada perſona, y à favor de perſona determinada: real ſimpliciter, aquella, en cuya virtud renuncia vno todos ſus bienes, y herencias, preſentes, y futuros à favor de alguna perſona, y de ſus herederos, y ſucceſſores in perpetuum, y la mixta dize, que puede ſer de dos modos, ò perſonal reſpectu rei, y real reſpectu perſonæ, como quando ſe renuncia la herencia de vna determinada perſona, eſtendiendoſe tambien à ſus herederos, y qualeſquier ſucceſſores in perpetuum, ò perſonal reſpectu perſonæ, y real reſpectu rei, verbi gratia, quando ſe renuncian todas, y qualeſquier ſuccesſiones contemplatione certarum perſonarum: Lo qual ſupueſto funda deſde el num. 6. que fue real la renuncia, ſobre que recae ſu diſputa, y lo miſmo digo yo de la de Soror Maria de San Jacinto, pues ſi la conſideramos reſpectu perſonæ, no ſolo renunciò à favor de ſu Padre, ſino de ſus herederos, y ſucceſſores, y le diò facultad, para que dexàra los bienes, à quien le pareclieſſe: ſi reſpectu rei, no ſe limitò à las legitimas Paterna, y Ma-

terna, ſino ſe eſtendiò à las tranſverſales ſucceſsiones, y à todos los bienes, Derechos, y accciones, que por qualquier titulo le pertenecian, y pudieran pertenecer: con que de ningun modo le compete la definicion de la renuncia merè perſonal, ni de la mixta, ſino la de la que es abſolutè, y ſimpliciter real.

110. Preſupueſto lo referido, veamos qual es el dictamen de los Autores, que en el Informe de la Religioſa ſe citan para perſuadir, que en la renuncia no ſe comprehenden los Mayorazgos: primeramente cita num. 103. à Caponio en la *diſcept.* 218. de la qual nada ſe infiere favorable à Soror Maria de San Jacinto, reſpecto de que el intento de eſte Autor, es probar, que las deciſiones, que trae Antonio Donato de Marinis *controv.* 189. fueron en quanto à renuncias perſonales, y que por eſte motivo no le obſtan, por ſer real la renuncia, en que procede ſu reſolucion, y ſiendo de la miſma eſpecie la de Soror Maria de San Jacinto, puedo dezir lo que el miſmo Caponio *prædict. diſcept. num.* 1. *in fine*, ibi: *Nihilque contra nos facere, ſed bene ſi ponderetur, pro nobis eſt eiuſdem tanti viri doctrina.*

111. Cita tambien num. 104. à el Padre Thomàs Sanchez *in præcept. decalog. lib.* 7. *cap.* 7. *num.* 8. y à el Padre Molina *de Iuſt. & Iur. diſp.* 579. *num.* 21. pero eſtos Autores no hablan de renuncia vniverſal, y general, y real ſimpliciter, ſino de la que ſe eſtiende ſolo à las legitimas de ſus Padres, como ſe reconoce de que la concluſion, que eſtablece el Padre Thomàs Sanchez num. 1. es, *Hæredis renuntiatio abſque vlla limitatione facta, excludit renuntiantem ab omni ſucceſsione tam ex teſtamento, quâm abinteſtato Parentum, quorum hæreditati renuntiatur*; y como habla de vna renuncia tan limitada, que no ſe eſtiende, ni aun à las ſucceſsiones tranſverſales, afirma num. 6. que *virtute huius renuntiationis hæreditatis Paternæ excluditur renuntians ab immediata Parentum ſucceſsione, non autem à mediata, v. g. ſi frater renuntiantis ſucceſsit in Parentis bona, decedatque abinteſtato, ſuccedet illi renuntians vnâ cum aliis fratribus, quia non petit ea bona tamquam Patris, ſed tamquam fratris, & poſt aditam hæreditatem non eſt amplius patrimonium Patris: at ſoli Parentum ſucceſsioni renuntiavit.*

112. Y para obiar qualeſquier dudas, que puedan ocur-

ocurrir, concluye en el referido num. ita: *Esse optimam cautelam ad vtrumque eventum comprehendendum, renuntiare hæreditati Paternæ, & fraternæ: immo sufficerent ad omnes hos casus complectendos verba adeo generalia, vt omnem succedendi modum includant, vt renuntio omni, & cuilibet succesioni, quia cùm hæ dictiones generales sint, ita omne genus succesionis claudunt, vt nulla persona, cui succedendum est, exempta videatur*; respecto de lo qual, no obsta, que à el num. 8. diga: *Neque excluditur similiter à bonis Paternis, quæ nomine, seu ratione, & iure feudi Pater habet, quia hæc non sunt bona hæreditaria, & sic non sunt omnino Paterna, cùm solo feudi iure ad ipsam pertineant*: y en el mesmo sentido habla el Padre Molina *prædict. num.* 21. ibi: *Similiter si filius renuntiet cum iuramento hæreditati Paternæ, &c.* pero que mucho es que lo digan, hablando de vna renuncia tan limitada, que ni aun se estiende à la succesion transversal, y sin duda resolvieran lo contrario, si se les consultàra la especie de este litigio, por lo estensivo, y general de las clausulas de la renuncia.

113. Desde el num. 105. hasta el 109. inclusivè se citan en el Informe de la Religiosa à Roxas *de Incompat.* 7. *part. cap.* 5. *num.* 66. y 101. Rodriguez *Q. Reg. tom.* 2. *Q.* 78. *art.* 14. el Sr. Covarruvias *in cap. Quàmvis pactum.* 3. *part.* §. 3. *num.* 6. Sabeli §. *Renuntiatio. num.* 10. *versic. In contrarium. & num.* 22. Menochio *consil.* 401. per totum, & precipuè *num.* 79. Tamburino *de Iure Abbatissarum, & Monialium. disp.* 8. *quæsit.* 11. y Cancerio 3. *part. Var. cap.* 15. *à num.* 262. con los quales Autores se intenta fundar, no averse estendido la renuncia al Vinculo; y de no averse este expressado en ella, como se expresò el Patronato de Alonso de Burgos, teniendo la Religiosa noticia de vno, y otro, se deduce por ilacion num. 110. que no lo quiso comprehender.

114. De estos Autores no se puede considerar favorable à la Religiosa el Sr. Covarruvias, pues no habla de renuncia general, sino particular, en virtud, de que la hija renuncia la legitima Paterna; ni Sabeli, que està expressamente contra producentem, pues â el num. 10. en que se cita, dize: *Renuntiatio verbis vniversalibus concepta de hæreditatibus Patris, Matris, aliorumque Parentum, devolutis, &*

de-

devolvendis, quomodocumque causa comprehendit fideicommissum avitum, & conditionale, etiamsi nondum sit purificatum, & quascumque alias succesiones renuntianti devolvendas propter illa verba universalia: y siendo la renuncia general, y ex causa ingressus Religionis, funda este Autor num. 11. que no es preciso, que el renunciante tenga noticia de el fideicommisso; y aunque es verdad, que en el *versic. In contrarium*, en que se cita en el Informe de la Religiosa, parece que dà à entender, que la renuncia no se estiende à las succesiones, que en ella no se expressan, no lo resuelve assertivè, sino remisivè à otros Autores, que cita.

115. Tamburino *in prædict. disp.* 8. *quæsit.* 11. procede con distincion entre la renuncia general, y vniversal; en aquella, dize, que no se comprehenden los feudos, y Mayorazgos; pero sì en esta, como se confiessa en el Informe de la Religiosa n. 108. contentandose solo con citar este Autor, sin aplicarlo, ni contraherlo à el pleyto, para lo qual es preciso reconocer, si la renuncia de Soror Maria de S. Jacinto es general, ò vniversal, segun la mente de Tamburino: què entiende, pues, este Autor, por renuncia vniversal? La misma question, que propone in principio, lo explica ibi: *Vtrùm Monialis generaliter ante professionem renuntians suam legitimam, & quamcumque succesionem sibi obventuram, censeatur cedere Maioratui, & feudo*: hablando de esta, dize num. 8. *Si verò renuntiatio esset vniversalis, & non generalis* (*vt in casu nostro*) *tunc in feudo Monialis admittenda non esset, cùm in renuntiatione vniversali comprehendantur feuda, quàmvis de ipsis expressa mentio facta non sit*: Y què entiende por renuncia general? Sòlo aquella, en que se renunciàre la legitima Paterna, Materna, ù otra semejante à esta, vt ait num. 2. ibi: *Quòd generalis renuntiatio nil aliud importat, quàm renuntiationem Paternam, & Maternam, & huiusmodi similem.*

116. Discurriendo sub hac distinctione, à què especie se reduce la renuncia de Soror Maria de San Jacinto? Sin duda alguna à la vniversal, pues no se contuvo vnicamente en las legitimas Paterna, y Materna, sino se estendiò à las tranversales, y à todos los bienes, y derechos, que por qualquier titulo le pertenecian, y pudieran pertenecer: con que segun la mente de Tamburino se compre-

prehendiò en esta renuncia el Vinculo, y Mayorazgo: fuera de que no es tan digna de tenerse presente esta distincion para evitar confusiones, como se pondera en el Informe de la Religiosa, respecto de que los Autores, que hablando de renuncia general, dizen, que se estiende à el Vinculo, entienden por general lo mismo, que Tamburino por vniversal, de que se reconoce, que en rigor la question es de nombre, pues convienen, en que siendo la renuncia tan amplia, que se renuncien todos los bienes presentes, y futuros, comprehende in sui generalitate los Vinculos, y Mayorazgos.

117. La misma distincion, que Tamburino, sigue Menochio en el *cons.* 401. en que se cita, y aunque *num.* 79. hablando de renuncia general, dixo: *Est autem certum, quòd sub generali renuntiatione bonorum non veniunt bona, quæ aliunde ex alia causa obveniunt renuntianti, quàm ex bonis eius, & causa, cui fit renuntiatio*: no obstante, lo contrario resuelve en quanto à la renuncia vniversal, vt patet ex *num.* 85. ibi: *Respondetur secundò, quòd licet in generali renuntiatione non comprehendantur feuda, attamen continentur in renuntiatione vniversali*: y hablando de la clausula de *qualesquier Derechos, y acciones* (que no ay duda la ay en la renuncia de Soror Maria de San Jacinto) dize num. 86. *Respondetur tertiò, illa verba, & aliis sibi quomodocumque, & qualitercumque de iure debitis, &c. non posse verificari in aliis bonis, quàm in his feudalibus*: & *cons.* 87. *num.* 27. *Quartò suffragatur, quòd in hac divisione cessio, & iurium remissio verbis admodum generalibus concepta est, dum dictum est, omnia iura, omnesque actiones, &c.* y dize bien, respecto de que no se puede discurrir renuncia mas general, y vniversal, q̃ aquella, en que no solo se renunciaren todos los bienes presentes, sino tambien los futuros, y las acciones, y derechos, que por qualquier titulo pueden pertenecer à el renunciante: con que llamese à esta renuncia general, ò vniversal, se debe estender à los Vinculos, & aliter si esta clausula no haze falta para que estèn renunciados los bienes, que en la renuncia se expressan, què efecto tuviera, sino se estendiera à los Vinculos, y demàs derechos futuros?

118. La cita de Cancerio, no sè à què fin pueda conducir, respecto de que habla en vn caso, que dos litigaban

vna herencia, sobre que se transigieron, y aviendose despues dudado, si en la transaccion se comprehendiò cierto fideicommisso, de que no se avia hecho mencion, funda, que no, por aver sido la transaccion limitada à la herencia, sobre q̃ era el litigio; y yo defendiera lo mismo en caso semejante; pero què similitud tiene este caso con vna renuncia absolutè vniversal?

119. Patet ergo, que atendidas con la reflexion, que se debe, las referidas citas, y mente de los Autores, que en este Articulo hemos explicado, los vnos no hablan de renuncia general; otros haziendose cargo de ella, resuelven, que se estiende à el Vinculo, & ad omnia iura, sive cognita, sive incognita, y que otros ponen diferencia entre la general, y vniversal, cuya distincion no se opone à nuestro intento, por aver sido vniversal la renuncia de Soror Maria de San Jacinto: en cuyo supuesto, en que se funda la Justicia tan clara, que à el num. 111. de el Informe de dicha Religiosa se dize, que le asiste, y que le favorecen todas las disposiciones de Derecho, y opiniones de los Autores, pues vnicamente Roxas, y Rodriguez en los lugares, en que los cita, defienden, que la renuncia, aunque general, no se estiende à los Vinculos, y Mayorazgos, y no debe prevalecer su opinion à la de tantos Autores, que defienden la contraria.

120. La que tambien lleva Farinacio *decis.* 598. vbi *n.* 1. ait: *Fuit in hac causa resolutum sub die 2. Maii præteriti, renuntiationem factam à Portia non expirasse, & obstare Monasterio, quatenus comprehendat fideicommissum, vnde hodie super dicta comprehensione dubium proposui, & Domini ad illud affirmativè responderunt, nam dicta Portia non solùm renuntiavit in specie omnibus, & quibuscumque bonis tam Paternis, quàm Maternis, sibi quomodolibet obveniendis, & cuicumque successioni hæreditatis tam Paternæ, quàm Maternæ, fraternæve, sed etiam in genere aliis successionibus, & iuribus tam ex testamento, quàm abintestato, vel donatione, & aliàs quomodolibet devolvendis, & sibi obveniendis, quæ verba secundùm suam propriam significationem in sui vniversalitate sunt apta comprehendere quodcumque fideicommissum.*

121. Se conforma con este dictamen Graciano *discept.* 568. *num.* 27. fundandose asi en lo vniversal de las clau-

clausulas, como en la causa final de la que elige el estado de Religiosa, con el qual no es compatible la solicitud de los bienes temporales, vt ait *n.* 31. ibi: *Et non solùm ex prædictis constat de mente renuntiantis, quòd volebat comprehendi fideicommissum, sed etiam quia causa finalis renuntiationis fuit, quòd renuntians volebat ingredi Religionem, & spretis omnibus aliis bonis temporalibus præter dotem dandam Monasterio, & annuum reddituum, de quo suprà, proposuerat paupertatem perpetuam in eo vovere, prout postea fecit, ita vt ex hoc magis colligatur, non debere illam esse solicitam bonorum huius sæculi, & per consequens fuisse abdicatum omne ius competens super omnibus bonis, & hæreditatibus etiam futuris opulentis, amplissimis, & pretiosissimis, quâmvis in earum renuntiatione enormissimè læderetur:* teniendo à su favor esta resolucion la aprobacion de la Rota, como lo testifica *num.* 47. ibi: *Et cùm postea fuisset de prædictis in Rota disceptatum pluries, & pluries causa proposita, fuerunt approbatæ omnes conclusiones, quas suprà firmavi pro validitate renuntiationis, & exclusione Monasterii, & puellæ renuntiantis à bonis etiam fideicommisso subiectis ad favorem dictorum fratrum, pro quibus fuit renuntiatum.*

122. No obsta contra los fundamentos, que hemos referido, el discurso, que à el num. 110. se haze en el Informe de la Religosa, de que aviendo expressado en la renuncia el Patronato de Alonso de Burgos, y no el Vinculo, se sigue, que no lo quiso comprehender; pues esto en rigor no es otra cosa, sino petere principium, y la razon es clara, porque para ventilar la question, se debe suponer, que la Religiosa tuvo noticia de el Vinculo, como lo supone en su Informe num. 100. reduciendose la dificultad vnicamente à indagar, vtrùm lo comprehenda la renuncia, segun lo general, y vniversal de sus clausulas, con que no puede ser prueba, de que no se comprehende el Vinculo, la noticia de èl, que se supone, para resolver la question.

123. Resta que examinar otro punto, que se toca en el Informe de la Religiosa desde el num. 111. ex suppositione, de que el Vinculo se comprehendiesse en la renuncia, scilicet, si segun las presentes circunstancias debe suceder Soror Maria de San Jacinto, para lo qual suponiendo num. 112. que hizo la renuncia à favor de su Padre, y

de

de los descendientes de este, y que de estos no han quedado mas que la Religiosa, y su hermana, afirma, que *se evacuò ya el fin, de calidad, que no debe permitir passe el Vinculo à otra linea transversal, como lo es el Conde, respecto de la Religiosa, por ser hijo de primo hermano suyo,* para lo qual cita à Donato Antonio Marinis *resol. Iur. lib.* 2. *cap.* 189. y en el 190. *num.* 40. Caponio *discept.* 216. *num.* 35. *& discept.* 218. Mieres *de Maiorat.* 3. *part. quæst.* 18. *num.* 22. *y* 23. Addentes ad D. Molinam *lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 21. *ad* 27. y Roxas *de Incompat.* 1. *part. cap.* 8. *num.* 28. y concluye num. 116. diciendo: *Y si esto es corriente entre los descendientes por lo restricto de la renuncia de los descendientes à los colaterales, quid?*

124. Notable armonìa me ha causado esta pregunta, y aunque repetidas vezes he discurrido ex professo sobre el mysterio, que contiene, no he podido percebir su sentido; me ha motivado la duda el averme hecho cargo, de que lo que parece que se quiere dezir, es, que si la Religiosa, ù otro qualquiera, que renuncia vn Vinculo, reasume el Derecho despues de muerto el Renunciatario, y los descendientes de este, potiori titulo excluirà à los colaterales. Pero no se aquieta el animo con esta inteligencia, porque, ò se habla de descendientes de el Renunciatario, ò de el Fundador; y vnos, y otros son siempre colaterales, respecto de la renunciante; si lo que quiso dezir es, que la renunciante debe excluir à los colaterales de el Renunciatario, porque tambien excluye à sus descendientes, se opone à el mismo assumpto, que propone, y citas, que para ello trae, con que intenta persuadir, que la renunciante reasume el Derecho despues de la muerte del Renunciatario, y sus descendientes: y si acaso habla de descendientes de el Fundador, en este sentido no es colateral el Conde de Val hermoso, pues quando se verificàran los dos extremos, que son precisos, para que tenga lugar la pregunta, *de los descendientes à los colaterales, quid?*

125. Pero veamos lo que dizen estos Autores, para aclarar la duda, que nos excita lo mysterioso de estas palabras: Donato Antonio Marinis *in prædict. cap.* 189. disputa de vna renuncia, en que sin embargo de averse pactado, que no se avia de extinguir en caso de morir el

Renun-

Renunciatario ſin deſcendientes, declararon deſpues los contrayentes, que ſu animo, è intencion era, que no avia de tener efecto la renuncia, faltando los deſcendientes de el Renunciatario, vt patet *ex num. 3. verſic. Huic oppoſitioni.* ibi: *Quòd vt fiat manifeſtiſsimum rogo Dominos iudicantes accuratè advertere, quòd etſi tam in capitulis Matrimonialibus, in quibus fuit in ampla forma promiſſa renuntiatio, quàm in ipſo renuntiationis inſtrumento in executionem dictæ promiſsionis ſtipulato, fuerit expreſsè dictum, & conventum quòd renuntiatio nullatenus extincta diceretur, quamtumvis Dominus Princeps Pater, eiuſque Filius Dominus meus Don Franciſcus abſque deſcendentibus decederet; attamen iidem contrahentes in vtroque inſtrumento poſt pactum hoc, vt ſuprà exſtenſum, ſatis, ſuperque eorum mentem declararunt, nolle renuntiationem aliquid operari, deficientibus deſcendentibus tam maſculis, quàm fœminis.*

126. Proſigue, fundando, que aquella renuncia fue merè perſonal, y que faltando los deſcendientes de el Renunciatario, no debian los colaterales excluir à la Renunciante: y es digno de que ſe tenga preſente, que aquella renuncia no era hecha por Religioſa, y el miſmo Autor conviene num. 22. en que ſiempre es real, la que ſe haze por Religioſa, vt ait ita: *In quarto autem caſu, & ſic in renuntiatione, quæ fit à Moniali, fateor omnes convenire, vt ſemper illa dicatur realis, ita vt Patre abinteſtato defuncto, filia, quæ renuntiavit, ſive Monaſterium ex illius perſona non modò à deſcendentibus, ſed etiam à quocumque collaterali, defuncto proximiori, pœnitùs excludatur; idque tam attenta mente Renuntiantis, quæ eſt vt Deo ſervire poſsit, & Mundum relinquere, quàm attenta mente Patris, qui renuntiationem recipit, cùm non ſit veriſimile eam recepiſſe, vt deficientibus deſcendentibus ſuccedat Monaſterium, ſed potiùs proximiores conſanguinei.*

127. En el cap. 190. habla eſte Autor de renuncia hecha por Religioſa, y aunque regulariter loquendo ſemejantes renuncias ſon reales, defiende, no obſtante, q̃ aquella fue perſonal, y no ay duda, en que lo fue, por averſe limitado à favor de ſu Padre, y de vn hermano ſuyo, ſin eſtenderſe à los herederos, y ſucceſſores de eſtos, y en eſto ſe fundaba el Monaſterio, como lo explica num. 3. ibi: *E contra Monaſterium contendebat de renuntiatione, quæ allegabatur, nullam haberi poſſe rationem, ex eo quòd facta appa-*

rebat ad favorem Patris, & fratris tantùm, eorum hæredibus nullatenus nominatis, intervenerat enim Pater in eo contractu, in quo nullibi legebatur suos, & filii hæredes ipsum vocasse, nec in assertiva, nec in dispositiva, sed dicebatur dumtaxat, quòd renuntiabat filia Antonio Patri præsenti, & Alexandro Fratri absenti, non aliter additis illis verbis: eorumque hæredibus, & successoribus in perpetuum, quæ passim in huiusmodi contractibus apponuntur; y como habla de vna renuncia merè personal, no es mucho, que à el num. 40. diga las palabras, que se citan de contrario, con que se quiere persuadir, que à falta de el Renunciatario reasume el Derecho la Religiosa.

128. Caponio *discept.* 216. habla de vna renuncia real, en que avia las mismas clausulas, que en la de Soror Maria de San Jacinto, y aunque es verdad, que â el num. 35. en que se le cita en el Informe de la Religiosa, dixo, que in materia feudali se presume personal la renuncia, no obstante afirma à el mismo tiempo, que es real la que haze el Religioso à el tiempo de su profession, y esta es la solucion, que dà à el argumento, que à el num. 34. se opone contra su conclusion, respondiendo num. 38. ita: *Respondeo secundò, quòd licèt vera esset conclusio, quòd renuntiatio presumatur personalis, tamen ex circunstantiis dicitur realis, vt ex mente Renuntiantis, quando scilicet quis fit Religiosus.*

129. Y haziendose cargo de otra objeccion, que propone num. 39. dize num. 40. *Respondetur enim, quòd doctrina procedit, quando simpliciter fit renuntiatio, secùs verò in renuntiatione facta in vim donationis irrevocabilis, & transitoriæ ad hæredes, vt in casu nostro, quia tunc Renuntiatariis deficientibus, & non facta dispositione de rebus Renuntiatis, bona in vim donationis renuntiata transeunt ad eorum hæredes, non autem redeunt ad Renuntiantem*: y en la disceptacion 218. explica la controversia 189. de Antonio de Marinis, y dà la disparidad, de que fueron personales las renuncias, sobre que recayeron las decisiones, que refiere este Autor, y que por este motivo no le obstan para la renuncia real, de que procede su disputa.

130. En la question 18. 3. *part.* en que se cita à Mieres, no he hallado los numeros 22. y 23. que se citan, ni comprehende mas, que 8. numeros: y aunque en el 8. *in fine* dize: *Quòd siquis renuntiat Maioratui in aliquem, qui postea*

tea decessit sine liberis, non excluditur à successione Maioratus: habla de renuncia personal, lo que se reconoce, no solo de que lo limitado de las palabras, con que se explica, no dàn motivo para discurrir de renuncia real, sino de que se remite à la 4. *part. quæst.* 19. *versic. Horum vicina est. glos. num.* 12. y en este lugar lo que dize es, que despues de adida la herencia, *non dicitur ampliùs hæreditas, sed proprium Patrimonium hæredis*: de que infiere paulopost. *Quòd renuntiatio, quam facit filia cum iuramento de hæreditate Patris, non excludit illam ab hæreditate fratris, qui mortuus fuit adita iam hæreditate Paterna*: con que no ay duda, en que procede su doctrina en la que fuere renuncia personal.

131. Los Addentes de el señor Molina *lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 21. *vsque ad* 27. lo que dizen es, que si el primogenito renunciàra la succesion à favor de el segundogenito, le perjudicaba la renuncia, y aunque excitan la question, si faltando el segundogenito, podrà el primogenito reassumir el Derecho de la primogenitura? no la resuelven, y se remiten à Mieres *in prædict. quæst.* 18. y este habla en el sentido, que tengo explicado; y Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 8. la question, que mueve desde el *num.* 12. es, si en caso, que el Fundador llame en primer lugar à el segundogenito, y sus descendientes, omitiendo à el primogenito, y à el terciogenito, y las demàs lineas, y que falte el segundogenito sin dexar descendientes, deba retroceder la succesion à la linea de el primogenito, vel vltrà procedere à la de el terciogenito, & sic de cæteris? Propone varios fundamentos desde el num. 16. à favor de el terciogenito: toca otros desde el *num.* 22. para probar el Derecho de el primogenito, que vno de ellos es el de el *n.* 28. que se cita en el Informe de la Religiosa, scilicet, que si el primogenito renunciò la primogenitura à favor de el segundogenito, muriendo este sin hijos, podrà reassumir el Derecho de la primogenitura, sin que deba succeder el terciogenito: resuelve no obstante desde el *num.* 31. à favor de el terciogenito, tocando varios casos, y fundandose siempre en la voluntad de el Testador, para reconocer, si fue real, y absoluta la exclusion de el primogenito.

132. Sed quid inde? Permitasenos, que para aclarar este punto, hagamos algunas preguntas, sin olvidar-

nos

nos de aquel *Quid* tan conceptuoso: en la renuncia, que habla Antonio Marinis *in cap.* 189. se pactò, que no avia de tener efecto la renuncia, faltando los descendientes de el Renunciatario, y en la de Soror Maria de S. Jacinto no solo no ay este pacto, sino q̃ fue tan general, y vniversal, que no tan solamente fue hecha à favor de su Padre, descendientes, y successores, sino que le diò facultad, para que dispusiera de los bienes, enagenandolos en las personas, que quisiera; Quid? Aquella renuncia no era hecha por Religiosa, y el mismo Autor confiessa, que quando es hecha por Religiosa, es real; Quid? Aunque la renuncia, de que hablò en el *cap.* 190. fue hecha por Religiosa, y funda que fue personal, era porque se avia limitado vnicamente à favor de su Padre, y de vn hermano suyo, sin que huviesse clausula alguna general, que se estendiesse à los herederos, y successores; en la de Soror Maria de San Jacinto ay todas las clausulas generales, que puede contener vna renuncia por mas vniversal que sea: Quid? Caponio en los lugares citados habla de renuncia real, y aunque in materia feudali dixo à el *num.* 35. que se presume personal, exceptùa de esta regla la que haze el Religioso, que dize que es real; Quid? Mieres, à quien se remiten los Addentes de el señor Molina, habla de renuncia personal, y la especie, que tocò Roxas *in prædict. num.* 28. fue por fundamento de vna opinion, que no lleva, sino la contraria; teniendo siempre por norte el indagar, qual fue la mente de el Fundador; la renuncia de Soror Maria de San Jacinto fue real, y no ay prueba alguna, de que su voluntad fue limitada à su Padre, y descendientes; Quid?

133. Y Quid finalmente de vna renuncia de legitimas, cuyos bienes pertenecen à el Vinculo? Pues la question de si la renuncia se estiende à el Vinculo, procede, quando este se compone de otros bienes distintos, que ex alio titulo pertenecen à el Renunciante; pero en el caso presente nos hallamos con vn Vinculo, en que se incluyen los mismos bienes de legitimas, de las quales no se duda, que se comprehendieron en la renuncia; y aunque à el num. 117. se concluye en el Informe de la Religiosa, que bolviò à adquirir el dominio de sus legitimas,

por

por aver instituido su Padre por heredera à Doña Maria Rodriguez de Medina, y esta à dicha Religiosa, como se pueden considerar libres estos bienes, y valida la institucion de herederos, si por executoria de V.S. se declararon pertenecer à el Vinculo las legitimas de Don Luis Joseph de Medina, sin embargo de la revocacion de Doña Isabel de Sandier?

ARTICVLO QVARTO.

POR EL ESTADO DE RELIGIOSA está excluida Soror Maria de San Jancinto de la succesion de este Vinculo.

134. LLEGAMOS YA A LA EXCLVSION tacita, que contiene la fundacion, de Religiosos, la que se fundò en Estrados, y la que causò no poca armonia à el Director de la Religiosa, en tanto grado, que teniendo por clara, è innegable la defensa, que avia hechò, se vio precisado à escribir, para con mas reflexion de los lugares, que se avian citado, poder dar la solucion: Lo què intenta desde el num. 118. y suponiendo à el num. 126. que los Clerigos, Frayles, y Monjas pueden ser exclusos, aunque sean de Monasterios capaces, no solo por expressa, sino tambien por presunta, y tacita voluntad de los Fundadores, se empeña en persuadir, que esto solo puede tener lugar en mayorazgos fundados por facultad real, ò por extraños; pero no en el que fuere de tercio, y quinto, de cuya calidad es el de este litigio, y en que se debe succeder segun el orden prevenido por la Ley 27. de Toro.

135. No negamos el orden de esta Ley, y que en quanto à los hijos, y descendientes legitimos induce necessidad, y se debe observar como forma; pero no obstante, atendidas las circunstancias presentes, iterum, atque iterum defendemos, que Soror Maria de San Jacinto està excluida de la succession de este Vinculo, y que es legitima la possession, que tiene el Conde de Val-hermoso: para cuyo assunto es preciso probar, que en la fundacion ay exclusion tacita de Religiosos, y que esta subsiste en el

caso presente, sin que se contravenga en manera alguna à la referida Ley 27.

136. Fundase esta exclusion tacita en la clausula de la fundacion, en que dispuso el Fundador, que los Posseedores de este Vinculo avian de vsar de el apellido, y armas de Rodriguez y Medina, y siempre, que ay en las fundaciones semejante clausula, estàn excluidos los Religiosos, y no deben succeder en los mayorazgos, aunq̃ no aya expressa exclusion: Pruebase esta conclusion con la doctrina de el Sr. Castillo *controv. lib.* 3. *cap.* 12. en que disputa, si entrando vn posseedor de mayorazgo en Religion, y professando en ella, debe succeder statim el successor, ò se debe esperar à la muerte natural de el Religioso? Distingue varios casos: El primero *num.* 36. quando ay exclusion expressa, y entonces absque dubio dize, que debe succeder el immediato Successor: *num.* 41. estiende este primer caso, quando ay exclusion tacita, y por congeturas se prueba, que esta fue la voluntad de el Fundador: Y el segundo, que es el de nuestro intento, y lo propone à el *num.* 51. es quando el Fundador ni excluyò, ni llamò expressamente à los Religiosos, y el Monasterio es capaz de posseer bienes, como lo son los de la Religion de Santo Domingo, San Agustin, San Bernardo, y otros; y para resolver, si entonces debe ser excluido el Religioso, subdistingue otros diferentes casos.

137. Vno *num.* 52. quando el Mayorazgo tiene anexa dignidad, ò jurisdiccion, & tunc ait, que no succede el Religioso; y otro *num.* 54. quando el Fundador para conservar su familia dispuso, q̃ permaneciessen los bienes en ella, y que los successores vsassen de su apellido, y Armas, en cuyas circunstancias, aunque no aya exclusion expressa, la ay tacita, y no puede succeder el Monasterio, ni aun durante la vida de el Religioso: con mas claridad se explica este concepto con sus mismas palabras: *Secundus casus sit* (inquit ita) *quando Maioratus Institutor eius intentionis, atque voluntatis fuit in institutione, vt agnationem suam conservari desideraret, ob id que fœminas propter masculos à successione exclusit, vel masculos perpetuò ad successionem invitavit, aut etiam familiæ suæ, vel agnationis conservationi, nominisque memoriæ, & Armorum delationi adeò consuluit, vt specialiter bona*

in sua

in sua familia, agnatione, aut nomine conservari, aut successores cognomen, & arma defferre statueret: tunc namque ex his, & aliis similibus verbis, atque dispositionibus, Monasterium, aut Monachos excludere velle videbitur aperte; idcirco Monasterium ipsum, quàmvis expressè exclusum non fuerit, etiam pro vita Monachi successionem prætendere non poterit; quia horum omnium, vel cuiusque qualitatis ex prædictis, aut similium implementum in Monasterio non cadit, nec subsistere poterit: en que convienen el señor Molina *de Primog. lib. 1. cap. 13. à n. 91.* el señor Covarruvias *var. lib. 1. cap. 19. num. 11.* y otros muchos, que refiere el señor Castillo.

138. Y la razon formal de esta resolucion es, la que dà el señor Castillo *num. 55. Quòd Monachus, etiamsi professus sit in Monasterio bonorum capaci in communi, quoad prædicta mortuus esse censeatur, cùm non possit ipse, nec Monasterium memoriam familiæ Institutoris, nec agnationem, seu cognationem, atque splendorem conservare, imò ex eius successione, supprimere, & abolere vis est.*

139. En este punto no ay duda, y es corriente apud omnes; pero lo particular de la doctrina del señor Castillo consiste en caso, que ni aya exclusion expressa, ni clausula alguna, con que se pueda probar la exclusion tacita, pues tocando esta question *in prædict. cap. num. 56.* y confessando que es comun opinion, que debe succeder el Monasterio ad vitam Monachi, vel Monialis, dize no obstante *num. 57. Sed quàmvis temerarium quodammodò videatur à tantorum Patrum iudicio discedere, si tamen veritati omnia cedere debent, & cuique liberum esse debet suum iudicium, maximè cum ratione subsistit, ea sententia mihi equidem nunquàm placere potuit, nec etiam nunc post longam, importunamque considerationem, & Authorum omnium evolutionem placet; si enim inspicimus naturam, & peculiarem conditionem Maioratuum, primogeniorum ve Hispaniæ, Institutorumque mentem, & intentionem, cùm bona sic coacervata, Vinculisque perpetuis coalligata relinquunt, consideramus, certè negare nullo pacto possumus, quin Monachi, Monasteriive ius adeò clarè elidatur, vt Monasterium ipsum, Monachumve etiam ad vitam à successione Maioratus, primogeniive cuiuscumque Hispaniæ excludere debeamus omnino, nec aliter admittere, quàm si exprsè vocatum fuerit, aut adeò certis, clarisque coniecturis admissum, vt de voluntate Institutoris aliquo modo dubitari non valeat.*

Si

140. Si ergo los Vinculos ex natura sua contienen exclusion de los Religiosos, nò ay duda, en que ay exclusion, quando la fundacion contiene la condicion de apellido, y armas, en que convienen todos los Autores nemine discrepante, y se confiessa en el Informe de la Religiosa num. 131. consistiendo vnicamente su respuesta num. 132. en que este caso, y los demàs de exclusion tacita, no militan en los Vinculos de tercio, y quinto, en que segun la Ley 27. de Toro deben ser llamados en primer lugar los hijos, y descendientes legitimos, despues los naturales, à falta de estos los ascendientes, luego los colaterales, y vltimamente los extraños.

141. Con que en probando, que sin embargo de lo dispuesto por la Ley 27. de Toro tiene lugar la exclusion tacita, de que no se duda ay en la fundacion, y que atendidas las presentes circunstancias, no se contraviene à la Ley, en que succeda el Conde de Val-hermoso, tenemos probado todo el intento; y ya que estamos conformes en que la condicion de apellido, y armas es exclusion tacita, quiero conformarme tambien en las citas, q̃ se traen en el Informe de la Religiosa, sin que nos valgamos de otras para la explicacion de la Ley de Toro.

142. Cita, pues, à los numeros 133. y 134. à Roxas *de Incompat.* 7. *part. cap.* 5. refiriendo las palabras de este Autor à el *num.* 100. Gutierrez *de Matrim. cap.* 21. *n.* 16. el señor Castillo *lib.* 3. *cap.* 12. *num.* 44. *lib.* 5. *cap.* 99. *à num.* 1. *& cap.* 100. el señor Molina *de Primog. lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 55. *& in annotat. num.* 10. Mieres 4. *part. quæst.* 3. *num.* 24. y Lara *de Vita hominis*, *cap.* 30.

143. Y estos Autores estàn en el todo favorables al Conde de Val-hermoso, lo que demonstrarè, haziendome cargo de cada vno en particular, y refiriendo con legalidad las palabras, con que se explican: Las de Roxas *in dict. num.* 100. son las siguientes: *Sed singulari diligentia attendere debemus, quòd in omnibus his casibus, & extensionibus collectis, tam ex præsumpta, quàm expressa voluntate Institutoris, ad excludendos Religiosos, seu Monachos, & Moniales à successione Maioratus, Vinculi, seu perpetui fideicommissi, vel Patronatus, nostrates Regnicolæ eas non admittunt in casu dispositionis L.* 27. *Tauri, quando Maioratus institutus est à Parentibus ex*

tertio bonorum, sed tantùm, quando institutus fuit ex Regia facultate, vel à transversalibus, vel extraneis; nam si institutus fuerit à Parentibus ex tertio bonorum, ipsi non valent excludere Religiosos, licèt possint præferre in suo gradu eos, qui non sint Religiosi.

144. Prosigue immediatamente Roxas explicando con mas claridad su mente con otras palabras, dignas de que se tengan presentes, aunque se omitieron en el Informe de la Religiosa: *Itaque* (dize) *etiam si sub expressa conditione prohibeant à successione Monachos, vel Moniales, aut Clericos Presbyteros, nihilominus talis conditio habetur pro non scripta ad exclusionem, & solùm admittenda erit quoad prælationem inter eos, qui sunt in suo gradu, sive primo, secundo, tertio, vel quarto ex ordine in L. 27. Tauri præscripto, & sic pro vita Monachi succedet Monasterium, dummodo inter descendentes legitimos, qui sunt de primo gradu, & inter naturales de secundo gradu, & inter ascendentes, qui sunt de tertio gradu, & inter transversales vocatos, qui sunt de quarto gradu, alius in suo proprio gradu non supersit, nisi Monachus, vel Monialis, quia L. 27. Tauri non denegat Parentibus doctrinam, seu prælationem, sed omnimodam exclusionem.*

145. En este lugar no ay duda, en q̃ habla Roxas de Vinculo de tercio, y quinto, y en el supuesto, de que ay exclusion, ò expressa, ò tacita, y que afirma, que no pueden ser excluidos los Religiosos, y que la clausula, y condicion en virtud, de que fueren excluidos, no puede tener efecto; pero quando? Semper, & pro semper? minimè, porque distingue dos casos, vno, *habetur pro non scripta ad exclusionem;* y otro, *& solùm admittenda erit ad prælationem inter eos, qui sunt in suo gradu.* Y què quiere dezir esto, que tan dificil ha parecido, y solo con la construccion grammatical se percibe? que sucederà el Religioso, ò la Religiosa, no aviendo otro pariente del mismo grado, segun el orden de la ley, en que el primer grado es el de los descendientes legitimos; el segundo de los naturales; el tercero de ascendientes, y el quarto de transversales: conque lo que expressamente dize este Autor es, que si la Religiosa fuere descendiente del Fundador debe succeder, no obstante la exclusion, quando no huviere otros descendientes; si fuere natural, quando no aya otros naturales; si ascendiente, quando no huviere otro ascendiente alguno; y si trans-

versal, quando no exista otro transversal; pero que si huviere otro pariente, que sea descendiente del Fundador, como la Religiosa, & sic de cæteris gradibus, no ha de succeder, y subsiste la exclusion, en virtud de la qual deben ser preferidos los de aquel grado de descendientes, naturales, &c.

146. Esta es la genuina, y literal inteligencia, y quien lo negàre, expliquenos, quando se verificarà *Ly solùm admittenda erit quoad prælationem*, y que quiere dezir, *dummodo alius in suo proprio gradu non supersit nisi Monachus, vel Monialis*; y si la exclusion nunca avia de tener efecto, aunque huviesse otros descendientes, què explicò Roxas, quando dixo, *sed omnimodam exclusionem.*

147. Esta explicacion se aclara, atendiendo à que la exclusion de Religiosos en la successión de Vinculos de tercio, y quinto, solo puede prohibirse, en quanto se opusiere à la disposicion de la Ley 27. de Toro, y sino se opusiere, cessa el motivo de la prohibicion; y siendo innegable, que la Ley no prohibe, q̃ en el grado de los descendientes legitimos se prefiera el mas remoto à el mas immediato, y proximo, y lo mismo entre los naturales, ascendientes, y colaterales, sino vnicamente dispone, que en primer lugar succedan los descendientes legitimos, sin que hasta que falten todos pueda succeder otro pariente alguno, despues los naturales, à falta de estos los ascendientes, y vltimamente los colaterales; se sigue por legitima consequencia, que aviendo otro descendiente legitimo, no se contraviene à la Ley, en que este succeda con prelacion à la Religiosa excluìda, y que esta tendrà derecho para succeder en caso, que superviva à todos los descendientes legitimos.

148. El caso tan celebrado de Doña Ana Messìa, que se refiere en el Informe de la Religiosa *num.* 106. y repite *num.* 134. diziendo, *que es el exemplar mas ajustado de nuestro caso, por convenir en Religiosa del mismo Orden*, no tuviera yo animo para tocarlo, si defendiera à la Religiosa, ni para aver repetido en Estrados, que litigaba con colateral, que es lo mismo, que apuntar la solucion, que se debe dàr: es cierto, que Roxas, *in citato cap. num.* 101. refiere vna executoria, que huvo en la Real Chancilleria de Granada en

Vinculo de tercio, y quinto, à favor de Doña Ana Mesìa de Azevedo, Religiosa en el Monasterio de Santa Catalina de Sena; pero en què grado de los que previene la Ley 27. estaba esta Religiosa con el Fundador? En el de los descendientes, nos responde Roxas, ibi: *Descendentem ab Institutoribus*: y con quien litigaba? con vn transversal, ibi: *Super lite, quæ vertebatur inter transversalem consanguineum*: Pues en què està lo ajustado del exemplar? en que Doña Ana Mesìa era Religiosa de Santo Domingo, como Soror Maria de San Jacinto? por esta regla pudiera llenar vn volumen muy dilatado, citando executorias, que avrà avido à favor de Religiosas de este Orden, y dezir, que eran exemplares ajustados, porque tenian vn mismo Abito: es possible, que à el tiempo, que se leyò este lugar de Roxas, no se hizo la reflexa de que Soror Maria de San Jacinto no litiga con colateral, sino con descendiente legitimo del Fundador, como lo es el Conde de Val-hermoso?

149. La disparidad de vn caso à otro es evidente; pues aunque en el caso de Doña Ana Mesìa avia exclusion tacita de Religiosos, por la condiciò de apellido, y armas, que contenia la fundacion, no obstante, como no avia otro descendiente mas que la Religiosa, se invirtiera el orden de la Ley, si sucediera el colateral; pero al contrario en el caso presente no se contraviene à la Ley, en que succeda el Conde de Val-hermoso, por ser tambien descendiente, que es lo mismo, que antecedentemente fundamos con la citada doctrina de Roxas.

150. En el mismo sentido habla el señor Castillo en los lugares citados, pues en el *lib.* 3. *cap.* 12. *num.* 44. dixo: *Limitatur primò casus prædictus, vt procedat, quando Maioratus ex Regia facultate institueretur, vel cùm conditio præfata inter extraneos, aut inter consanguineos transversales apponitur, vel cùm apponitur inter descendentes etiam* (cuydado con estas palabras) *intra limites tamen ordinis, qui in L.* 27. *Tauri præscribitur, & sic in favorem alicuius descendentis, vt scilicet, si melioratus, vel ad Maioratum invitatus profiteatur aliquam Religionem, ipse, etiamsi descendens sit primi Institutoris, non succedat, sed Maioratus, vel melioratio transeat in alium descendentem, & sic de singulis iuxta ordinem dict. L.* 27. *Tauri, quia cùm omnes descendentes sint à principio meliorationis, aut Maiora-*

ratus capaces, & cuique eorum dari potuerit, vel fieri meliora tiò, aut Maioratus relinqui, sic & in favorem vniuscuiusque conditio præfata apponi, aut descendens, qui eius qualitatis sit, excludi poterit.

151. Despues en el *lib. 5. cap. 99.* tocando ex professo la question â num. 1. en què caso deba subsistir, y tener efecto la exclusion de los Religiosos, y haziendose cargo de lo que en este particular han dicho los Autores, se explica con estas palabras en el *versic. Verè tamen. Verè tamen, prout ego arbitror (sed ipsi mentem suam non aperiunt, nec detegunt quovis modo) Authores iidem præsentire magis videntur, & in eum finem, eamque sententiam tendere, vt Maioratus ipse duret, & conservetur; & Religiosus, Clericus, aut fæmina succedat suo loco, hoc est* (atencion à lo que se sigue) *finitis omnibus descendentibus.* Et *in eodem lib. cap.* 100. questiona, si el debet succeder los Religiosos suo loco, & gradu, ha de ser solo en el tercio, ò tambien en el quinto, y resuelve num. 13. que deben succeder en caso, que existan, despues de aver faltado todos los descendientes, y litiguen con vn transversal, vt patet ex eius verbis, ibi: *Videlicet, quòd Clerici, Religiosi, fœminæ, & alii descendentes in casu prædicto succedere debeant in tertio, & quinto simul, nec vnum ab altero separari possit, si vtrumque simul iure Vinculi perpetui relictum fuerit, & finitis omnibus descendentibus prædictæ personæ existant, & super successione cum transversali contendant.*

152. El señor Molina *de Primog. lib. 2. cap. 12.* hablando de la exclusion de los Religiosos dixo *num. 55. Quòd in Maioratu ex Regia facultate instituto intelligendum erit; Parentes namque ex tertio primogenium instituentes non poterunt filios Clericos, Religiosos, vel furiosos, vel mutos, & surdos, seu etiam filias Moniales excludere, cùm necessariò teneantur ordinem à L. 27. Tauri præstitutum observare:* y aunque bien se reconoce en el sentido, que habla, pues siendo el fin, el que no se invierta el orden de la Ley, vnicamente se debe entender este lugar de la exclusion omnimoda, y absoluta; no obstãte para obviar qualesquier dudas, se explicò con mas claridad *in annotat. num.* 10. ibi: *Item eod. lib. 2. cap. 12. num. 53. & 55. dixi in Maioratu ex tertia bonorum portione à Parente ex legibus Regiis absque Regia facul-*

tate instituto, non posse ipsum Parentem filias fœminas, nec etiam filios Religiosos, Clericos, vel mentecaptos, & similes defectus patientes propter masculos transversales excludere; quâ in re annotandum est posse Parentes etiam absque Regiâ facultate fœminam proximiorem, atque etiam vltimi Possessoris filiam à Maioratus successione excludere propter masculos remotiores ipsius vltimi Possessoris transversales, dummodò ab ipso Institutore descendant, similiterque posse excludere filios, ac descendentes vltimi Possessoris Religiosos, Clericos, vel furiosos, vel similes defectus patientes propter alios agnatos, vel cognatos eidem vltimo Possessori transversales, dummodò à primo Institutore descendant; lex namque Tauri solùm prohibet, quòd descendentibus exclusis, transversales ad meliorationem admittantur, non autem Parenti inter suos descendentes electionem denegat: cuyas palabras repiten sus Addentes, y se conforman en el todo con esta explicacion.

153. Mieres 4. *part. quæst.* 3. no habla palabra alguna, que conduzga à exclusion de Religiosos, y no excediendo esta question de seis numeros, no he hallado el 24. que se cita: Lara *de Vita homin. cap.* 30. *num.* 126. lo que resuelve es, que si el Vinculo de tercio, y quinto tuviere annexa jurisdiccion, puede no obstante succeder el Religioso, ò la Religiosa, y q̃ en este particular huvo executoria de la Real Chancilleria de Granada, pero ni refiere, con quien litigaba aquella Religiosa, ni habla de exclusion, ni explica, como esta se debe entender, que es à lo que se reduce la dificultad presente: y Gutierrez *de Matrim. cap.* 21. *num.* 16. dize lo que todos, scilicet, que en Vinculos de tercio, y quinto, se debe observar el orden de la Ley 27. de Toro, lo que no negamos.

154. Ex dictis ergo apparet, que esta proposicion, vt iacet, es falsa: *los Religiosos no pueden ser excluidos en Vinculos de tercio, y quinto*; y claritatis gratia se debe distinguir en la conformidad, que la distinguen los Autores: no pueden ser excluidos omnimodè, & absolutè, ita vt, aunque falten todos los descendientes, y el Religioso lo sea, no debe succeder, concedo: non ommnimodè, nec absolutè, de calidad, que solo tenga efecto de preferirse los demàs descendientes, y que hasta que estos falten, no aya de succeder el Relioso, nego: y el que escrupulisàre en esta ma-

teria, citenos vn Autor, que diga lo contrario; respecto de lo qual subsiste la exclusion de Soror Maria de San Jacinto sin embargo de ser Vinculo de tercio, y quinto, por aver otro descendiente, como lo es el Conde de Val-hermoso.

155. Pero parece, que no hemos adelantado cosa alguna, con aver fundado la exclusion tacita por la condicion, que contiene la fundacion de el apellido, y armas, y explicacion, que hemos dado à los Autores, que se han citado de contrario para la limitacion, de si procede, ò no la exclusion en los Vinculos de tercio, y quinto; pues no obstante se dize en el Informe de la Religiosa num. 135. in fine, *que por lo claro de las doctrinas, y limitacion notoria, en que vàn conformes todos los Autores, le puede dezir à la Condesa, que para la substitucion no es llegado el caso*; y prosigue diziendo num. 136. que, *por ser esto tan cierto, ha omitido insistir en este medio, ocurriendo à otro, que tiene por el vnico Aquiles de su defensa, el que procurò manifestar su Abogado à la vista de este pleyto en Estrados, queriendo persuadir, aver en este caso exclusion, ò prelacion à la Religiosa (como si prelacion, exclusion, y vocacion fuessen vna misma cosa) por la congetura, que se deduce de la disposicion de los Fundadores, arreglada à la de la Ley 27. de Toro, y à lo que proximamente llevamos discurrido con la opinion de Roxas dict. 7. part. cap. 5. num. 100.*

156. A el numero 137. dize que, *para fundar esta opinion, se traxo vn lugar, à el parecer nuevo, de el señor Molina en las annotat. num.* 10. cuyas palabras refiere num. 138. y en el 139. dize, *que tambien se citò à Mieres de Maiorat. 2. part. quæst. 6. num. 107. y à el señor Castillo lib. 5. controv. cap. 99. y que pudieran averse citado otros muchos, que refieren los Addentes à el señor Molina en la misma annotacion, y que se pudiera aver omitido la cita de el señor Castillo, por aprovechar nada, por lo que despues se dirà.*

157. Y admirandose de el rumbo, y senda, que hemos seguido para la defensa de el Conde, dà principio à el num. 140. diziendo: *Sed me hercle! no se alcanza, que se infiera de este lugar*: y concediendo la facultad, que tienen los Padres en Vinculos de tercio, y quinto, para preferir à vnos hijos potiùs que à otros, lo que persuade en el referido num. y en el 141. y 142. forma vn sylogismo en el 143. digno de que se aya dado à la prensa, para que sirva

de

de norte, y regla à los professores de la Dialectica.

158. Dize, pues, de esta suerte: *Lo que parece se quiere inferir es esto: El Padre, que funda Vinculo de tercio, y quinto, aunque es cierto no puede excluir absolutamente à los descendientes Frayles, Clerigos, Monjas, &c. attamen puede, porque se lo permite la Ley, preferir à algunos temporalmente, aunque sean mas remotos, como sean sus descendientes, respecto de otros tambien descendientes, aunque estèn en mas proximo grado; sed sic est, que el Conde es descendiente de los Fundadores: luego si por la Ley pudo hazerlo, es visto, que en este caso saltim tacitè lo hizo, de calidad, que el Conde, aunque de otra linea, y mas remoto à el Fundador, aunque descendiente suyo, deba preferir à la Religiosa, aunque mas proxima, por no poder cumplir esta con las condiciones, y gravamenes, que la fundacion contiene.*

159. Y afirmando num. 144. *que la proposicion mayor la prueban los Autores, que la menor no se niega, y solo està la dificultad en la consequencia,* dize num. 145. *esta bien se conoce no la inferirà ningun Logico, porque de que vno pueda hazer algun acto, no se sigue, que lo aya hecho, por no valer el argumento de potentia ad actum, aunque si à el contrario.*

160. Sed me hercle! Què quiere dezir todo esto? La condicion de apellido, y armas, que es el medio, que hasta aora hemos tocado, no es exclusion tacita de Religiosos, como lo confiessan todos los Autores, y el Abogado de la Religiosa num. 131. ibi: *El quinto caso es, quando se pone la condicion de apellido, y armas;* reduciendose vnicamente la disputa, à si tiene, ò no efecto en Vinculo de tercio, y quinto? Pues si se prueba la exclusion con este medio, què quiere dezir, que este se omite, y se recurre à otro, que es el de la exclusion? La exclusion no es medio, sino conclusion, que se funda; el medio es la clausula de apellido, y armas, y otro, que despues tocarèmos, sin que para ello nos separèmos de el antecedente, pues nada mas corriente, que probarse vna conclusion por varios medios.

161. El reparo, que se haze, sobre si la prelacion, exclusion, y vocacion son vna misma cosa, se desvanece solo con dos terminos, scilicet, *respectu eiusdem,* y *respectu diversorum;* pues no ay duda, que siempre que huviere exclusion de Religiosos en Vinculo de tercio, y quinto, esta misma exclusion es prelacion, y vocacion, no respecto de

los

los Religiosos, hoc enim implicat in terminis, sino respecto de los otros descendientes; eo enim ipso, que el Fundador excluye Religiosos, prefiere à los demàs descendientes, y esto lo persuaden con evidencia Roxas, el señor Castillo, y los demàs Autores citados, quienes hablando de la exclusion convienen, en que no se debe admitir *quoad omnimodam exclusionem*, pero si *quoad prælationem*, id est, que mientras huviere descendientes, han de succeder estos primero que la Religiosa: Lo que tambien explica con toda claridad el P. Luis de Molina *de iust. & iur. trat.* 2. *Disp.* 612. *num.* 12. ibi: *Quod intellige de omnimoda exclusione, ita vt ordo in ea lege præscriptus non servetur, secùs verò intra limites eius ordinis, vt scilicet, si alius descendens primi Institutoris existat, non succedat descendens, qui eis qualitatibus sit affectus, & ita de ascendentibus, & de transversalibus*: Ergo, la que es exclusion respecto de los Religiosos, es prelacion, y vocacion respecto de los descendientes.

162. Lo que à el fin del *num.* 136. dize, de lo que proximamente ha discurrido con la opinion de Roxas, no lo entiendo, pues lo que he hallado en los numeros antecedentes, es, que desde el 126. refiere algunos casos de exclusion tacita, en el 133. algunas palabras del lugar de Roxas, omitiendo las principales, que llevamos citadas, sin explicar, en què sentido hable este Autor, ni hazerse cargo de la distincion, *habetur pro non scripta ad exclusionem, & solùm admittenda erit quoad prælationem*, y yo no me persuado à que es discurrir, citar los Autores, sino el reflexionar, explicar su mente, y contraher la doctrina, y aplicarla à el caso, que se litiga.

163. El lugar del Sr. Molina no es nuevo, aunque lo pareciò al tiempo de citarle en Estrados, y à Mieres 2. *part. quæst.* 6. *num.* 107. yo no le citè, ni citàra para este pleyto, pues lo que funda es, que nunquàm *appellatione filii Masculi venit fœmina*, y antes de calificar las proposiciones del propuesto sylogismo, serà conveniente, que veamos, en qual de los modos perfectos, ò imperfectos està formado.

164. Si estarà en *Barbara*? no puede ser, porque no tiene tres vniversales afirmativas: y en *Celarent*? tampoco, porque la mayor, y consiguiente avian de ser vniversales

ne-

negativas, y la menor vniversal afirmativa: pero para què es esta dilacion, y detenernos en discurrir por cada vno de los modos? con mas brevedad se puede reconocer por las figuras, y sino estuviere en alguna de ellas, no puede pertenecer à los modos de formar sylogismos, que enseña la Dialectica.

165. Tres son las figuras: La primera, quando el medio es sujeto en la mayor, y predicado en la menor: La segunda, quando es predicado en las dos premissas; y la tercera, quando en ambas es sujeto, segun aquellos vercesitos, que tienen de memoria los Dialecticos:

Prima priùs subdit medium, mox prædicat ipsum:
Prædicat hoc bis secunda, & bis tertia subdit.

166. Y el medio de este sylogismo es sujeto en la mayor, y predicado en la menor, ò predicado, ò sujeto en ambas premissas? Primero es, que aya medio, porque este se debe repetir en la mayor, y en la menor, y de los que contiene la mayor de este sylogismo, ninguno se repite en la menor, y sino reparese en què el sujeto de la mayor es este, *el Padre, que funda Vinculo de tercio, y quinto, aunque es cierto no poder excluir absolutamente à los descendientes Frayles*; el predicado este, *puede preferir algunos temporalmente*; y ninguno de estos terminos se repite en la menor, conque parece, que el sylogismo no pertenece à alguna de las tres figuras.

167. Y quantos terminos tiene el sylogismo? yo discurro, que mas de los tres, que permiten las reglas de la Dialectica: vno *el Padre, què funda Vinculo de tercio, &c.* otro, *puede preferir algunos temporalmente*, que son el sujeto, y predicado de la mayor: otro *el Conde*, que es el sujeto de la menor, y otro el predicado de esta, que es, *descendiente de los Fundadores*: en el consiguiente ay otros dos, scilicet, *por la ley pudo hazerlo*, y *en este caso saltim tacitè lo hizo*: pues si tiene seis terminos, y se varìa la suposicion logica, como avia de estàr en modo alguno, ni perfecto, ni imperfecto.

168. Y quales son las extremidades? yo no lo sè, lo que me consta es, que estas se deben identificar en la mayor, y menor con el medio, y en la consequencia deben salir identificadas entre sì, iuxta illud, *quæ sunt eadem vni ter-*

tio, *sunt eadem inter se*; y el predicado de la consequencia, que es, *saltim tacitè lo hizo*, ni està en la mayor, ni en la menor, como tampoco està el sujeto, que es el *Fundador de este Vinculo*, â quien se refiere *Ly pudo hazerlo*.

169. Pues ya conosco, que dixo bien à el *num.* 145. de que ningun Logico inferiria la consequencia, no solo, porque ab affirmatione potentiæ non rectè valet ad affirmationem actus, sino porque el Logico, para inferir vna consequencia, ha de observar las reglas de la Dialectica, y el referido sylogismo està tan destituìdo de ellas, que no puede concluìr, nec vi formæ, nec vi materiæ.

170. Prescindamos de la forma sylogistica, que es muy agena de mi profession, y à no darme el motivo, por aver puesto este sylogismo en el Informe de la Religiosa, no huviera hecho esta corta digresion, y vamos à calificar las proposiciones: digo, pues, que la mayor, y menor son verdaderas: sed quid inde? la ilacion no es legitima; pues aunque es cierto, que el Fundador pudo preferir à los descendientes, y que tacitè lo hizo, no obstante, no se infiere este acto, de que pudo hazerlo: ni yo fundo, ni he fundado, que el Conde de Val-hermoso debe ser preferido à la Religiosa, porque el Fundador pudo preferirlo, sino porque actualiter lo prefiriò, como à los demàs descendientes, fundandose la prelacion en la exclusion tacita, que contiene la fundacion por la condicion de apellido, y armas.

171. Y no solo ex hoc capite ay exclusion tacita en la fundacion, pues se prueba tambien por otro medio, que no es menos eficaz para persuadirla, que consiste, en que à el tiempo de la fundacion tenian los Fundadores dos hijas Religiosas en el Convento de Santa Maria de Gracia, la vna llamada la Madre Encarnacion, y la otra la Madre Sta. Vrsula, à las q̃ no llamaron â la succession de este Vinculo, y siempre que el Fundador tiene hijos Religiosos, ò Clerigos à el tiempo de la fundacion, y no los llama, es prueba legitima, de que excluyò à todos los demàs, que tuviessen este estado, lo que persuade el Padre Thomàs Sanchez *in præcept. Decalog. lib. 7 cap. cap. 15 num. 26.* vbi ait: *Erit autem coniectura exclusionis Monachorum, si Maioratus Institutor habeat tunc filium Monachum, atque eum non instituit,*

sed

sed filias, aut alios consanguineos, quia tunc verisimile est, remotiores Monachos eum excludere voluisse. Y por si acaso el que leyere este lugar, reparàre, en que el Padre Thomàs Sanchez en el referido num. in fine se refiere à el 23. ibi: *Intellige etiam cum limitatione tradita num.* 23 *in fine:* Observe tambien, que en el 23. se refiere à el 20. ibi: *Sicut num.* 20. *diximus,* y en este se refiere à el *num.* 6. en el qual, aunque pone la limitacion, de quando el Vinculo es fundado de tercio, y quinto, la explica en la misma conformidad, que los demàs Autores, en caso, que no aya otros descendientes mas que el Religioso, ò Religiosa, vt patet ex eius verbis, ibi: *Sed intellige non posse tunc excludere filios Monachos, aut filias Moniales, quando non supersunt alii descendentes.*



172. Comprueba el mismo intento Mieres *de Maiorat.* 2. *part quæst.* 3. donde desde el *num.* 11. toca la question sino aviendo expressa exclusion de Religiosos, avrà de succeder el que estuviere en Monasterio capaz de posseer bienes in communi, y despues de aver referido varias doctrinas à favor de los Religiosos, funda la opinion contraria desde el *num.* 18. y en el 24. *versic. Preterea.* dize, que atendiendo, à que lo mas comun es, que los Fundadores excluyan à los Religiosos, aunque en alguna fundacion no ay exclusion expressa, se debe entender, como si estuviesse puesta, que obra el mismo efecto, que la expressa, y se presume omitida por olvido del Testador, ò del Escrivano: à el *num.* 34. toca la misma question en terminos de Clerigos, y aunque dize, que es comun opinion la de que son capaces de succeder en los Mayorazgos, no obstante, *num.* 36. resuelve lo contrario, y en el 40. dize: *Erit autem non minima coniectura inter alias, quòd Testator voluit excludere Clericos à Maioratu, vbicumque ille, qui Maioratum fecit, filium, vel filios Clericos habebat tempore constitutionis Maioratus, & eos non vocavit, sed proprias filias, vel alios consanguineos, quia tunc verisimile est, quòd remotiores Clericos excludere voluit.*

173. Y à paritate se puede fundar este concepto con la doctrina de este Autor 2. *part. quæst.* 6. no *num.* 107. en que no le hemos citado, y à que respondimos, vbi suprà *num.* 163. sino en el *num.* 21. en que dize, que si el Fundador del Mayorazgo llamò solo à los hijos, y omitiò el llamamiento de las hijas, ay exclusion tacita de las hembras

mas

mas remotas, pues no es presumible, que quisiesse llamarlas, excluyendo â sus hijas.

174. Fundada la exclusion tacita de Soror Maria de San Jacinto por los dos referidos medios de la condicion de apellido, y armas, y de no aver llamado el Fundador à sus hijas, se reconoce con evidencia, que no inferimos la preferencia de el Conde, de que el Fundador pudo preferirlo, sino afirmamos, que re ipsa le prefiriò, mediante la exclusion tacita, que ay en la fundacion de Religiosos, y que esta es prelacion respecto de los demàs descendientes; y si lo que se dessea es, oìr este concepto en forma sylogistica, se reduce todo èl à este sylogismo: *Toda exclusion tacita, ò expressa de Religiosos en Vinculos de tercio, y quinto, es prelacion, respecto de los demâs descendientes; atqui en la fundacion de este Vinculo, ay exclusion tacita de Religiosos: ergo en la fundacion de este Vinculo ay prelacion, respecto de los demâs descendientes.* Este sylogismo concluye directè, y està en *Darii*, por cuyo motivo es legitima la ilacion; la menor es evidente, pues aunque no huviera para probar la exclusion el medio, de que el Fundador no llamò à sus hijas, sobre que se ponen algunos reparos en el Informe de la Religiosa, de q̃ despues me harè cargo, bastaba el otro de apellido, y armas, que confiessa ser exclusion tacita, y no pudiera negarlo, por ser comun opinion de los Autores.

175. En la mayor consiste la principal dificultad, y parece, que la niega, respecto de la solucion, que quiere dar à los lugares citados: reconociendo, pues, que el señor Molina, Roxas, y demàs Autores, convienen, en que la exclusion en Vinculos de tercio, y quinto, es prelacion respecto de los demàs descendientes, recurre à el efugio, de que *vân hablando en los terminos, de que el Fundador llamasse expressa, y literalmente à vnos descendientes, y expressa, y literalmente excluyesse à los Frayles, y Monjas.*

176. Esta solucion dà num. 149. y queriendo fundarla con el señor Castillo *lib. 5. controv. cap. 99.* dize num. 150. *Que desde el num. 4. la figura en los terminos de si estando llamados expressamente vnos descendientes, fueren exclusos expressamente los Frayles, y Monjas tambien descendientes, y que si llegando à vacar el Mayorazgo por muerte de el vltimo de los seglares llamados, deberà acabarse, ò continuar en los Clerigos,*

Fray-

Frayles, y Monjas? Y à el num. 151. toca la resolucion de el señor Castillo de el num. 9. y dize: *Que dà como por supuesto, que en el concepto de el señor Molina, y sequaces, por la expressa vocacion de vnos descendientes, y exclusion tambien expressa de los Religiosos, se induce tacita prelacion de aquellos à estos.*

177. En el num. 152. excita la question, que tocò el señor Castillo *in prædict. cap. num. 9. versic. Tunc autem.* la que dize es: *Si los Religiosos excluidos expressamente deberan ser admitidos en su lugar, y grado, ita vt etiam descendentes alios Fundatoris excludant, si in remotiori gradu existant?* Y ponderando à los num. 153. y 154. los fundamentos, que pro vtraque parte toca el señor Castillo, afirma num. 155. *que sin embargo dize, que cogitandum erit en el referido caso, respecto de que supuesta la libre facultad en el Padre para disponer inter descendentes, en tanto valen las expressas vocaciones de el mas remoto â el mas proximo, en quanto ay tal expressa vocacion, y que assi como por ella son llamados, de la misma forma se requiere que expressamente el Padre prevenga la prelacion, y de su omision no resulta, que baxo de la expressa vocacion de los vnos, estè tacita la prelacion, respecto de los otros expressamente exclusos,* y la razon, que dà, es, *que la vocacion, y prelacion son dos actos distintos.*

178. Refiere despues num. 156. las palabras de el señor Castillo de el *num.* 12. *in fine* ibi: *Videtur necessariò dicendum, &c.* y afirma num. 157. *que esto no dixo en Estrados el Abogado de el Conde*; y hablando de la vocacion, y prelacion dize: *que para que vno, y otro caso se verifiquen, es menester que vno, y otro expressamente estèn dispuestos, sin que de la expresion de vno aya de resultar, quàmvis tacitè el otro*: num. 158. cita para esforzar su dictamen el *cap.* 100. de el *lib.* 5. *controv.* de el señor Castillo, y en el 159. dize: *Que aunque fuesse expressamente exclusa la Religiosa, no debia preferirle el Conde, quando à mas de la vocacion no huviera en la fundacion expressa prelacion*: y num. 160. *que hasta aora no se ha hallado que la tacita exclusion sea tacita prelacion de otros*; y finalmente insiste num. 161. en el caso, que refiere Roxas 7. *part. cap.* 5. y dize: *Que si la tacita exclusion huviesse de causar tacita preferencia, la huviera tenido el que litigò con Doña Ana Messia.*

179. Ya con esta solucion hemos adelantado, el que

absolutè loquendo no es cierto, que en los Vinculos de tercio, y quinto no tiene lugar la exclusion de Religiosos, que es la primera solucion, que diò en su Informe num. 132. pues no pudiendo negar la preferencia de los demàs descendientes, recurre aora à el efugio, de que la entienden los Autores en el caso, que aya exclusion expressa, y sin hazerse cargo de el lugar de Roxas, ni de los demàs Autores, se detiene solo en el *cap.* 99. de el señor Castillo, solo porque viò, que en este lugar hablaba en terminos de exclusion expressa.

180. Verdad es, que *in dict. cap.* 99. *à num.* 1. excita la question en caso, que los Religiosos sean expressamente excluìdos: pero què le mueve à tocar ex professo esta question? Avia tratado *lib.* 2. *cap.*7. vtrùm, quando el Padre en la mejora de el tercio no excluye expressamente, sino altera el orden de la Ley, preposterando las lineas, y grados, que en ella se expressan, deba subsistir la mejora succediendo segun el orden de la Ley los que no fueron llamados, vel in totum corruere debeat? Y resuelve, que como el Testador quiso la perpetuidad de el Vinculo, si llegàre el caso, que de no succeder alguno segun el orden de la Ley, se avia de extinguir, ex præsumpta mente Testatoris debe succeder.

181. Despues *lib.* 5. *cap.* 98. *num.* 10. questiona si la resolucion, que diò en el referido *cap.* 7. pueda tener lugar, quando no solo tacitè alterò el orden, no llamando à los hijos naturales, y à los demàs, que debia llamar, sino que expressamente los excluyò, consistiendo esta especial dificultad, en que parece no tiene lugar la voluntad presumpta, quando expressamente el Testador dispuso lo contrario, y resuelve num. 16. *versic. Attamen.* que si de no succeder el hijo natural segun el orden de la Ley, se ha de extinguir el Vinculo, debe succeder, porque si à el Testador se le consultàra este caso, respondiera, que succediesse el natural, y se perpetùara el Vinculo; pero à el contrario, si el Vinculo puede subsistir sin contravencion de la Ley, y sin que succeda el natural, dize, que no debe succeder.

182. Llega à el *cap.* 99. y suponiendo estas mismas doctrinas, toca de nuevo la question en la exclusion ex-

pressa de los Religiosos, y repitiendo los mismos fundamentos, que avia ponderado en la exclusion expressa de los hijos ilegitimos, por la especial dificultad, que ay en esta exclusion expressa, resuelve, que el Religioso debe succeder *suo loco*, id est, *finitis omnibus descendentibus*, y lo mismo resolviò en el *cap.* 100. hablando de el quinto, como referimos, vbi suprà num. 151. & *in dict. cap.* 99. *num.* 9. no ay palabra, en que diga el señor Castillo, que el señor Molina, y sequaces hablan de expressa exclusion, y se afirma, en que debe succeder el Religioso *finitis omnibus descendentibus*, despues de aver referido varios Autores, & num. 4. à la letra las palabras de el Sr. Molina.

183. Hinc est, que vna cosa es, que el señor Castillo toque la question en el *cap.* 99. en terminos de expressa exclusion por la mayor dificultad, que ay en este caso, y otra muy distinta, que el señor Castillo diga, que solo ay prelacion, quando ay exclusion expressa, y aunque me bastaba el responder, que esto segundo no lo dize en este capitulo, ni se citarà palabra alguna, que lo explique, no me contento con esta respuesta, sino con probar con el mismo Sr. Castillo, que la exclusion tacita es prelacion.

184. Para cuyo intento vamos à el *lib.* 5. *cap.* 12. donde mueve la question: si entrando en Religion el Posseedor de vn Mayorazgo, statim que professa, debe succeder el siguiente en grado? Distingue varios casos, que el primero es, quando ay exclusion expressa, vt patet ex *n.* 36. ibi: *Primus igitur casus, & indubitabilis sit, quando Monachus, Religiosus, Monialis, aut Monasterium expressim à successione excluditur, sive in Maioratu succedere prohibetur, tunc namque, cùm in claris simus, non est locus dubitationi*: num. 41. estiende este primer caso à la exclusion tacita, ibi: *Nunc extenditur primus hic casus, Monachos, inquam, Religiosos, Moniales, & Monasteria à successione Maioratus excludi, non solùm, quando de eorum exclusione apparet expressè, ita quòd expressim exclusi fuerint, sed etiam cùm ex evidentibus, aut multùm vrgentibus coniecturis de Institutoris voluntate constat, vel constare potest*: y à el num. 44. limita este primer caso en la conformidad, que diximos, vbi suprà num. 150. scilicet, que passa la succession à otro descendiente, porque tiene lugar la exclusion dentro de los limites de la Ley.

185. Esta limitacion no habla de la exclusion expressa, y de la tacita? es innegable, pues recae sobre vna conclusion, que comprende vna, y otra, y no lo puede negar el Abogado de la Religiosa, porque si dixera, que recaìa solo sobre la exclusion expressa, avia de conceder, que la exclusion tacita procedia absque vlla limitione, aun en los Vinculos de tercio, y quinto, quod est absurdum: ergo si el Señor Castillo no solo limita la exclusion expressa, sino tambien la tacita, y la limitacion la entiende de suerte, que hasta q̃ falten los descendientes, no ha de succeder la Religiosa, iuxta ipsius mentem no se necessita de la exclusion expressa, y basta la tacita, para que aya preferencia: y el no averse hecho cargo el Abogado de la Religiosa de este lugar del señor Castillo, sin duda serìa por prevenir la instancia, y parecerle, que porque en el *cap. 99.* hablò de la exclusion expressa, tenia ya probado todo su intento.

186. Con mayor rigor se prueba ser esta la mente del Sr. Castillo, de que en el referido *cap. 12. num. 56.* pregunta: si deberà ser excluìdo el Religioso, ò Religiosa de los mayorazgos, en que ni ay exclusion expressa, ni tacita? Y resuelve, que si; atendiendo vnicamente à la naturaleza de los mayorazgos, y fin de los Fundadores, como referimos, vbi suprà *num. 139.* esta conclusion, que generalmente establece el Sr. Castillo no puede tener otra limitacion, sino en caso, que de no succeder el Religioso, se contraviniera à la Ley 27. de Toro; atqui de no succeder, quando ay otro descendiente, no se sigue la contravencion: ergo procede la conclusion aun en Vinculos de tercio, y quinto en caso, que aya otro descendiente: pues si en caso mas estrecho, que es en el que no aya exclusion alguna, ni aun tacita, estàn excluìdos los Religiosos ex natura Maioratus, y debe subsistir su exclusion en Vinculos de tercio, y quinto, aviendo otros descendientes, como es possible, que para que estos se prefiriessen à los Religiosos, dixera el Sr. Castillo, que no bastaba la exclusion tacita ex voluntate Testatoris, y què era menester la expressa?

187. En quanto à la question, que moviò el Sr. Castillo *controv. lib. 5. cap. 99. num. 9. versic. Tunc autem.* scilicet: si los Religiosos deben succeder suo loco, & gradu con pre-

preferencia à los demàs descendientes mas remotos, no hizo otra cosa, que proponer los fundamentos por vna, y otra parte, que vno de ellos es el que se refiere en el Informe de la Religiosa *num.* 156. y no resolviò, y en lo que concluye *num.* 12. es, *quòd, cùm casus contingat, maturè deliberandum erit, in eo tamen semper firmius insistimus, quòd scilicet, dispositio non vitietur, nec Vinculi, aut Maioratus perpetuitas deficiat, etiam in casu expressæ exclusionis descendentium, qui aliquam qualitatem obtineant; sed quòd potiùs Maioratus conservari debeat, & reductio ad ordinem eius legis fieri*: Pero de este lugar no puede inferir la Religiosa, que el Sr. Castillo dixesse, deberse preferir los Religiosos excluìdos à los descẽdientes mas remotos, y aunque en este lugar tampoco resuelve la question à favor de el Conde, puede no obstante dezir este, que el dictamen del Sr. Castillo fue deberse preferir los descendientes mas remotos à los Religiosos, y Religiosas, quando ay exclusion, para lo qual traygamos à la memoria los lugares, vbi supra citados, en que expressamente dize, que el Religioso debe succeder suo loco, y esto lo explica *finitis omnibus descendentibus*; y no siendo possible, que el Religioso solo succediesse vnicamente en caso de faltar todos los descendientes, y que à el mismo tiempo debiera succeder, segun el grado de proximidad, y parentezco, que tuviere con el Fundador, se infiere por legitima consequencia, que en la propuesta question resuelve el Sr. Castillo deberse preferir los descendientes mas remotos à los Religiosos excluìdos: y quando en algun lugar proceden los Autores con alguna ambiguedad, se recurre à otros, en que ayan explicado su mente, para reconocer qual fue su dictamen.

188. En las palabras citadas del Sr. Molina no ay alguna, en q̃ hable potiùs de la exclusion expressa, que de la tacita; y lo mismo en las de Roxas, en que se debe tambien notar, que este Autor *part.* 7. *cap.* 5. aviendo hablado de la exclusion expressa *num.* 71. despues *num.* 72. hablando de la tacita dixo: *Ad secundam partem de incompossibilitate ex dispositione hominis per eius tacitam, & præsumptam voluntatem dicendum est, quòd etiam sunt incompatibiles apud Religiosos, & Monasteria omnes successiones in Maioratibus, Vinculis, seu Patronatibus, in quibus versetur coniecturata, & præsumpta voluntas Institu-*

titutoris prohibendi ſucceſsionem apud profeſſos in Religione aliqua, quâmtumvis capaci in comuni; veluti quando in Maioratu ſit appoſita conditio, ſeu aliqua qualitas, quæ repugnet ſucceſsioni Monachi, ſeu Monaſterii; Monachos enim, Religioſos, Moniales, & Monaſteria excludi à Maioratus ſucceſsione, non ſolùm, quando de eorum excluſione apparet expreſſè, ſed etiam cùm ex evidentibus, aut multùm vrgentibus coniecturis de ea conſtat, vel cõſtare poteſt: proſigue tocando varias conjeturas, conque ſe prueba la excluſion tacita, y deſpues pone la limitacion del *num.* 100. que referimos, vbi ſuprà, la que recae no ſolo ſobre la excluſion expreſſa, ſino tambien ſobre la tacita, y expreſſamente lo dize, ibi: *Tam ex præſumpta, quàm expreſſa voluntate*: Ergo la limitacion, que eſte Autor, y los demàs entienden con la preferencia de los deſcendientes, debe tener lugar, no ſolo quando ay excluſion expreſſa, ſino tambien, quando tan ſolamente ay la tacita, & aliter no fuera limitacion de la excluſion tacita; lo que con mayor razon procede en los lugares del P. Thomàs Sanchez, y Mieres, que referimos en los numeros 171. y 172. en que ſolo hablan de excluſion tacita, y no obſtante explica el P. Thomàs Sanchez la limitacion, *quando non ſuperſunt alii deſcendentes*.

189. Præterea la dificultad de ſi han de ſucceder los Religioſos en Vinculos de tercio, y quinto, quando eſtàn excluìdos, no conſiſte en la calidad de la excluſion, ſino en ſi ſe contraviene, ò no à Ley, quod patet evidenter, pues aunque aya excluſion expreſſa, no aviendo otros deſcendientes, debe ſucceder el Religioſo; y ſi huviere otros deſcendientes, deberà ſucceder, no obſtante la excluſion expreſſa? reſponderà el Abogado de la Religioſa, que no, porque la excluſion expreſſa es prelacion reſpecto de los demàs deſcendientes, que es en lo que conſiſte ſu ſolucion: pues no ay excluſion expreſſa en vno, y otro caſo? no ay duda; pues ſi eſtàn iguales en quanto â la excluſion, porquè en el vno ſuccede el Religioſo, y en el otro no? la reſpueſta es clara, porque aviendo otros deſcendientes, no ſe contraviene à la Ley, en que no ſucceda el Religioſo, y ſino los huviera, ſe contraviniera: atqui lo miſmo ſe verifica en la excluſion tacita, que quando ay otros deſcendientes no ſe contraviene, y ſi, quando no

los ay: ergo es efugio recurrir, à que es preciso, que aya exclusion expressa, para que aya preferencia.

190. Bien dixo el Abogado de la Religiosa *num.* 159. *que la mayor dificultad consistia en la aplicacion de los lugares*; pues si los huviera leìdo con reflexion, huviera hallado, que assi como la exclusion expressa de Religiosos es expressa prelacion respecto de los demàs descendientes, tambien la tacita exclusion es tacita preferencia, y no dixera en el referido *num.* 159. *que aunque la Religiosa estuviera excluida expressamente, no se debia preferir el Conde, sino es aviendo expressa prelacion*; en lo qual se sepàra en el todo de la solucion, que ha dado; pues ya por este medio no bastàra, ni aun la exclusion expressa, y fuera preciso, que aliunde el Fundador dixera, que preferia à los demàs descendientes, lo que ex diametro se opone à las doctrinas citadas, las que con este nuevo additamento nunca pueden tener lugar, ni en la exclusion tacita, ni en la expressa; pues la preferencia, quando la huviera, fuera efecto de la clausula, en que el Fundador expressamente la previniera, no de la exclusion, que es de la que hablan los Autores; y si es precisa esta expressa prelacion independiente de la exclusion, cite algun Autor, que lo diga, ya que lo afirmò ex proprio Marte, sin citar alguno; y reserve para otro litigio el caso de Doña Ana Messìa, que repite *num.* 161. y hagase cargo, q̃ el averse preferido la Religiosa en aquel caso, no fue porque litigaba con su transversal, sino con transversal del Fundador, y por este motivo la tacita exclusion, que avia, no induxo tacita preferencia en aquel transversal, la que si ay en el caso presente; pues aunque el Conde es transversal respecto de la Religiosa, no lo es respecto de los Fundadores.

191. Procura tambien el Abogado de la Religiosa dar solucion à el medio de la exclusion tacita, que fundamos, en que el Fundador no llamò à sus hijas, y responde num. 162. *Que à no aver renunciado, como renunciaron en sus Padres, antes que estos huviessen hecho la fundacion, ni la expressa, ni la tacita exclusion les obstàra, porque como el fundamento de la Ley 27. de Toro, para que los descendientes legitimos no puedan ser exclusos, sea el ser acreedores de aquella parte de legitima, de que se compone el tercio, assi como estas hijas, por aver re-*

nunciado, si sus Padres, no aviendo fundado Vinculo, las huvieran preterido, è instituido unicamente por sus herederos à sus hermanos, no podian quexarse, de la misma forma no pudieran quexarse de la pretericion, que se les hizo à la succesion del Vinculo.

192. *De este discurso* (prosigue num. 163.) *lo que se infiere es, que la pretericion fue por respecto à la renuncia, en que usaron de su Derecho los Padres, y que no se debe tomar fue por el titulo, de que eran Religiosas, pues si las debiera nombrar, usando los Padres de la eleccion, las llamàran despues de todos los descendientes, y transversales, ò en el lugar, que quisieran, segun el orden de la Ley, y el no averlo hecho remotamente fue solo con el motivo de la renuncia, y pudiendo ser, como de hecho fue, por este respecto, no es justo se traiga precisamente para el de la tacita exclusion, y formar congetura, la que no basta.*

193. Esfuerza este concepto num. 164. con que se tuvieron presentes para la particion; pero sin llevar sus legitimas, por averlas renunciado, y que quando se les señalaron los 300. ducados, se diò el mismo motivo; y concluye, en que *el no nombrarlas, fue unicamente por la renuncia, y no porque eran Religiosas, usando en esto plenamente de su Derecho*; de que infiere num. 165. *que se debe sin la menor duda confessar por la Condesa, no aver probado con la claridad, que se debe, aver llegado el caso de la substitucion en su linea.*

194. No ay palabra en esta solucion, que no dè motivo à una nueva instancia, por la inconsequencia, con que se procede, oponiendose à lo que antecedentemente avia dicho, assi en quanto à la renuncia, como en la exclusion, lo que es facil de reconocer, observando con reflexion sus proposiciones: Si no huvieran renunciado aquellas Religiosas, dize, que no les obstàra, ni la expressa, ni la tacita exclusion: ergo aviendo renunciado les obstò: atqui Soror Maria de San Jacinto ha renunciado: ergo le obsta la tacita exclusion. La paridad corre sin disputa, pues en la linea de renuncia no puede tener mas efecto la que hizieron aquellas Religiosas, que la que hizo Soror Maria de San Jacinto, y si aquellas, por aver renunciado sus legitimas, no eran acreedores à el tercio, ac proinde cessaba el motivo de la Ley 27. de Toro, ni pudieran quexarse, por averlas preterido sus Padres, y no instituido por herede-

ras

ras, tampoco Soror Maria de San Jacinto es acreedora à el tercio, por aver renunciado sus legitimas; ni pudiera quexarse de no averla instituido por heredera su Padre; sin que pueda obstar, el que aquellas renuncias se hizieron antes de la fundacion de el Vinculo, y la de Soror Maria de San Jacinto despues; respecto de que sea la renuncia anterior, ò posterior, siempre se verificò, que vi illius pierde la Religiosa el Derecho à las legitimas, y no es acreedora del tercio.

195. Deinde: ò en virtud de las renuncias perdieron aquellas Religiosas el Derecho à el Vinculo, ò no? Si primum: ergo la renuncia general de las legitimas, y demàs succesiones se estiende à los Vinculos, y Mayorazgos, aunque en ella no se expressen; que es la contradictoria de la conclusion, que intentò fundar en el Dubio segundo, y à que respondimos en el Articulo tercero: patet evidenter hæc illatio, porque en las renuncias de aquellas Religiosas, ni se expressò este Vinculo, ni pudiera expressarse, por no averse fundado; pues si aquellas Religiosas perdieron el Derecho à el Vinculo en virtud de la renuncia, sin hazer expression de èl, absque dubio perdiò tambien el Derecho Soror Maria de San Jacinto, sin embargo de que en la renuncia no se mencionasse; imò potiori titulo debe causar este efecto la renuncia de Soror Maria de San Jacinto, porque no aviendose fundado este Vinculo, quando renunciaron aquellas hijas de el Fundador, serìa la succession respecto de ellas vn Derecho de futuro con causa de futuro, y respecto de Soror Maria de San Jacinto era futuro con causa de presente, y este se comprehende en la cession, y renuncia general, como fundamos en el Articulo tercero con el señor Olea, y otros Autores.

196. Si secundum: ergo corruit solutio; porque esta la funda, en que aquellas Religiosas, aviendo renunciado, perdieron el Derecho à el Vinculo, y no pudieran quexarse, aunque su Padre no las llamasse: fuera de que en el supuesto, de que perdieron el Derecho à sus legitimas, ac proinde à el tercio, y à el Vinculo, de esto lo que se infiere es, que el Fundador no estaba obligado à llamarlas, y que no podrian quexarse de que no las llamaba; pero no el que, si quisiera, no las podia llamar, y la razon es cla-

ra, porque el efecto de la renuncia es privar à el Renunciante de el Derecho, que tiene, pero no le inhabilita, para que si el Renunciatario por via de donacion, herencia, vel ex alio titulo le quisiere bolver à dar los mismos bienes, no los reciba, y buelva à adquirir el dominio de ellos: de que se sigue, que si pudiendo, como podia el Fundador, llamar à sus hijas, no las llamò, fue, porque no quiso; y se verifica, *quod potuit Testator, & noluit*; y este no aver querido libre, y espontaneo en el Padre, ès la congetura, en que el P. Thomàs Sanchez, vbi suprà num. 171. funda la tacita exclusion de los Religiosos mas remotos: con que la solucion nada adelanta, y subsisten las doctrinas, que para este fin hemos citado, à las quales nada se responde, ni se haze cargo de ellas el Abogado de la Religiosa, sin embargo de averlas oìdo en Estrados, y de que para fundar, que aquellas Religiosas no podian quexarse, aunque su Padre no las instituyesse por herederas, cita num. 162. à el P. Thomàs Sanchez *in præcept. Decalog. lib. 7. cap. 7. num. 2.* y si huviera passado vn poco mas adelante, hallàra el *cap. 15. num. 26.* en que habla de esta tacita exclusion, pero no dudo, que lo verìa, como tambien à Mieres en el lugar, en que lo citamos num. 172. y los omitirìa, por no admitir interpretacion alguna lo claro de sus palabras.

197. Que la pretericion fuesse, ò no por respecto à la renuncia; que se huviessen tenido presentes aquellas Religiosas para la particion, y no percibiessen lo que les avia de tocar de sus legitimas, y que por averlas renunciado, se les señalassen los 300. ducados, nada prueba mas, sino que tuvo presente el Padre, que mediante la renuncia, no estaba obligado à llamarlas; pero no que el no averlas llamado, fue vnicamente por aver renunciado, respecto de que no pudo tener por motivo la renuncia para vn acto, que le era libre, aun despues de aver renunciado, y solo le sirviò de motivo, el que eran Religiosas, y que estas, segun su estado, no podian conservar el lustre, y esplendor de la familia, que es el fin, à que siempre aspiran los Fundadores, y el que segun la opinion de el señor Larrea *disp. 32. num. 50.* con quien se conforma Roxas *part. 1. cap. 6. num. 127.* fue la razon formal de la Ley 27. de Toro: independiente de que el Padre Thomàs Sanchez, y Mieres esta-

ble-

blecen la conclusion general, siempre que el Fundador tenga hijos Clerigos, ò Religiosos, sin distinguir, vtrùm ayan renunciado, ò no, y teniendo presente, que en el bimestre renuncian los Religiosos, con que ha de proceder su doctrina, ayan, ò no renunciado; ni la solucion, que se dà, se prueba con palabras de este Autor, ni de otro alguno, ni se cita Ley civil, ni texto Canonico, por cuyo motivo tiene lugar aquel vulgar axioma: *Erubescimus, cùm sine lege loquimur.*

198. No es menos digna de atencion otra proposicion, que se comprehende en la referida solucion; scilicet, *que si las debiera nombrar, vsando los Padres de la eleccion, las llamaran despues de todos los descẽdiẽtes, y transversales, ò en el lugar, que quisieran, segun el orden de la Ley*: Mucho mysterio contiene esta proposicion; si el Padre debiera nombrarlas, no estaria en este caso obligado à llamarlas? No ay duda, porque el *debe*, y *està obligado*, son terminos sinonomos: la Ley 27. de Toro no pone en primer lugar à todos los descendientes legitimos, de suerte, que hasta que todos falten, no pueden succeder los ilegitimos, ascẽdientes, y transversales? es innegable; pues si el Padre debiera, y estuviera obligado à llamarlas, como las avia de llamar despues de los transversales, ò en el lugar, que quisiera, y como esta alteracion de lineas avia de ser segun el orden de la Ley?

199. Mas; ya concede, que aunque el Padre debiera nombrar aquellas hijas, las podia llamar despues de todos los descendientes: y aquel lugar del Sr. Castillo *cap. 99. num. 9. verfic. Tunc autem.* en que questiona, si los Religiosos excluìdos deben preferirse à los descendientes mas remotos, que tocò el Abogado de la Religiosa desde el *num.* 152. de su Informe, y dixo, *que era la question mas terminante de nuestro caso*, y procurò fundar, que aunque la Religiosa estuviesse excluìda, debìa succeder con preferencia à el Conde? Como, pues, si los Religiosos, aunque excluìdos, dize, que se deben preferir à los demàs descendientes mas remotos, afirma no obstante, que el Fundador podia llamar à sus hijas despues de todos los descendientes, y aun à los transversales les concede tambien prelacion, lo que hasta aora no ha dicho Autor alguno, y à el Conde

se

facultad Real, conviene *verf. Quartò conftituo.* en que aunque no fea amplia, y expreffa la facultad Real, puede no obftante el Fundador excluir algunos defcendientes, como fon los Religiofos, Clerigos, y otros, en quienes aya qualidad, que juftifique la exclufion: conque fiempre fubfifte efta, aunque en el Vinculo, fobre que es efte litigio, fe incluyeron las legitimas de Don Luis Jofeph, cuya fundacion quedò irrevocable defde la muerte de el Veinticuatro Luis de Medina Orozco, como fundamos defde el num. 14. y afsi como fi fe huviera fundado en virtud de facultad Real, fuera valida la exclufion de Religiofos, tambien lo es, aunque fe fundò fin ella.

204. Ex omnibus ergo hucufque dictis fe reconoce con evidencia, que Don Luis Jofeph de Medina por la contravencion no adquirio derecho alguno à el Vinculo; que fu contravencion fue lineal, y tranfcendio à fus hijos, y defcendientes; que aunque Soror Maria de San Jacinto tuvieffe derecho alguno à el Vinculo, lo huviera perdido en virtud de lo general, y vniverfal, que fue fu renuncia; que aunque huviera fubfiftido el llamamiento de D. Luis Jofeph, y fu linea, y en el fe comprehendiera Soror Maria de San Jacinto como defcendiente, eftà excluida como Religiofa, cuya exclufion tiene à lo menos el efecto de prelacion refpecto de los demàs defcendientes, & ideò debe fer preferido el Cõde de Val-hermofo, quien tiene à fu favor, y funda fu efperanza aun mas, que en las doctrinas citadas, en el auto de V.S. en que fin embargo de la fentencia de vifta, que fue favorable à la Religiofa, fe impufo perpetuo filencio à las Partes; y aunque por la Religiofa fe intentò el recurfo à el Confejo, no fe admitiò, y fe defbolviò el conocimiento à V.S. que fue lo mifmo, que refpondiò el Emperador Antonino *in leg. 3. ff. de his, quæ teftament. delent. Vos habetis Iudices veftros;* teniendo prefente la difpoficion de el *text. in leg. vnic. ff. de officio Præfect. Præt.* ibi: *Credidit enim Princeps, eos, qui ob fingularem induftriam, explorata eorum fide, & gravitate ad eius officii magnitudinem adhibentur, non aliter iudicaturos effe pro fapientia, ac luce dignitatis fuæ, quàm ipfe foret iudicaturus:* Afsi lo efpera S.T.S.D.C. Sevilla, y Enero 18. de 1727.

Lic. D. Fernando Auguftin Barraffa.